Münster.1932.No2 Jur. Diss.

Stillschweigende Willenserklärung und virtueller Willensinhalt.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der rechtswissenschaftlichen Doktorwürde
einer Hohen Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät
der Westfälischen Wilhelms-Universität
zu Münster i. W.

vorgelegt von

Gerichtsreferendar Anton Brand
aus Münster i. W.

1932

Gutenberg-Druckerei Suhrbier & Bröcker, Münster (Westf.), Rosenplatz 10

Referent: Herr Geh. Justizrat Prof. Dr. Krückmann.
Korreferent: Herr Prof. Dr. His.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

INHALTSVERZEICHNIS

Seite

§ 1. Einteilung der Willenserklärungen 8

§ 2. Begriff der virtuellen Willenserklärung 9

I. Berücksichtigung des virtuellen Willens zugunsten des Schuldners kraft Treu und Glauben 9

II. Entwicklung der immanenten Folgerungen aus dem Vertrage kraft Treu und Glauben entgegen sowohl dem aktuellen wie dem virtuellen Willen des Schuldners 11

§ 3. Begriff der stillschweigenden Willenserklärung 12

§ 4. Nichterklärung des aktuell gewollten, weil das aktuell gewollte derart selbstverständliche Grundlage des ganzen Rechtsgeschäftes ist, daß der Erklärende sich nach Treu und Glauben irgendeine Erklärung hierüber sparen kann 17

§ 5 Stillschweigende Willenserklärung und virtueller Willensinhalt . . . 23

I. in der Literatur:

1. Das Virtuelle als positiver Entwicklungsfaktor und die stillschweigende Willenserklärung 23
2. das Virtuelle als Willensbeschränkung und jene Rechtsfigur . 26
3. Die Lehre Manigks hinsichtlich des virtuellen Willens 28

II. in der Rechtsprechung:

1. der virtuelle Wille 31
2. die entgegen dem virtuellen Willen aus dem Vertrage kraft Treu und Glauben gezogenen Folgerungen und die stillschweigende Willenserklärung 41

§ 6. Schlußwort 48

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41546201_0113

Verzeichnis des Schrifttums.

Arndts von Arnesberg, Lehrbuch der Pandekten 5. Auflage 1864.

Bähr, Ueber Irrungen im Kontrahieren Jher. Jahrb. 14 S. 393 ff.

Bekker, System des heutigen Pandektenrechts Bd. II 1889.

Binder, Wille und Willenserklärung im Tatbestand des Rechtsgeschäfts, Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie Bd. V S. 266 ff.

Boyens, Die ersten 25 Jahre des Reichsgerichts 1904 (Sonderheft des sächsischen Archivs Jahrg. 1904).

Brinz, Lehrbuch der Pandekten Bd. IV 1892.

Burkhard, Die Civilistischen Präsumtionen 1866.

Danz, Auslegung der Rechtsgeschäfte 1911.
„ das geltende Gewohnheitsrecht und der Rechtsunterricht DJZ. 1908 S. 26 ff.

Dernburg, Lehrbuch des preußischen Privatrechts Bd. I 1894.
„ Pandekten Bd. I 1902

Ebbecke, Grenzen der Auslegung bei Rechtsgeschäften Jhr. Jahrb. 69 S. 1 ff.

Ehrlich, Die stillschweigende Willenserklärung 1893.
„ Die richterliche Rechtsfindung auf Grund des Rechtsatzes Jher. Jahrb. 67 S. 1 ff.

Gottschalk, Die Bedeutung des Irrtums beim Vertragschlusse AZP 117 S. 275 ff.

Hartmann, Werk und Wille bei dem stillschweigenden Konsens AZP. 72 S. 161 ff.

Heck, Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz AZP. 112 S. 1 ff.

Henle, Unterstellung und Versicherung, Untersuchungen zu bürgerlichem Recht, Versicherungsrecht und Methodenlehre 1922.

Hölder, Zur Lehre von der Auslegung der Willenserklärungen und der Bedeutung des Irrtums über ihren Inhalt, in der Festgabe für Becker Weimar 1907.

Isay, Die Willenserklärung im Tatbestande des Rechtsgeschäfts Jher. Jahrb. 44 S. 43 ff.

Jacobi, Theorie der Willenserklärung 1910.

Krückmann, Die Voraussetzung als virtueller Vorbehalt AZP. NF. 11 S. 1 ff., S. 257 ff.
„ Kalkulationsirrtum und ursprüngliche Sinn- Zweck- und Gegenstandslosigkeit AZP. NF 8 S. 157 ff.
„ Clausula rebus sic stantibus, Kriegsklausel, Streickklausel 1918.
„ Institutionen des Bürgerlichen Gesetzbuches 1929.
„ Einführung in das Recht 1912.
„ JW. 1927 S. 2404, 2459; 1928 S. 605; 1929 S. 738.

Lenel, Die Lehre von der Voraussetzung AZP. 74 S. 213 ff.

Leonhard Fr., Erfüllungsort und Schuldort 1907.
„ Allgemeines Schuldrecht 1929.
„ Auslegung und Auslegungsnormen, Rektoratsrede Marburg 1917.
„ Die Auslegung der Rechtsgeschäfte AZP. 120 S. 14 ff.

Leonhard R., Der Irrtum bei nichtigen Verträgen Bd. I 1882, Bd. II 1883.
„ Der Irrtum als Ursache nichtiger Verträge 1. Teil 1907.
„ Der Allgemeine Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs 1900.
Locher, Geschäftsgrundlage und Geschäftszweck AZP. Nf. 1 S. 1 ff.
Manigk, Irrtum und Auslegung 1918.
„ Willenserklärung und Willensgeschäft 1907.
„ JW. 1927 S. 3001; JW. 1928 S. 1027.
Müller-Erzbach, Rechtsfindung auf realer Grundlage DJZ. 1906 S. 1235 ff.
Oertmann, Rechtsordnung und Verkehrssitte 1914.
„ Die Geschäftsgrundlage 1921.
„ Bürgerliches Gesetzbuch, Recht der Schuldverhältnisse I. Abt. 1928, II. Abt. 1929.
„ Doppelseitiger Irrtum beim Vertragsschlusse AZP. 117 S. 275 ff.
Puchta, Pandekten 1877.
Regelsberger, Zivilrechtliche Erörterungen Bd. I u. II. 1868.
„ Pandekten Bd. I 1893.
Reiling, Zur Frage der Aufhebung und Abänderung von Verträgen wegen veränderter Umstände JW. 1921 S. 20 ff.
Röver, Ueber die Bedeutung des Willens bei Willenserklärungen 1874.
Rhode, Die beiderseitige Voraussetzung als Vertragsinhalt AZPNF. 4 S. 257 ff.
Riezler, Venire contra factum proprium 1912.
Sachse, Welche Bedeutung hat die Verkehrssitte für die Auslegung der Verträge? AZPNF. 7 S. 288 ff.
Schall, Der Parteiwille im Rechtsgeschäft 1877.
Schliemann, Die Lehre vom Zwange 1861.
Schloßmann, Der Vertrag 1876.
Schneider, Treu und Glauben im Sinne des BGB. DJZ. 1903 Sp. 232.
Siber, Die stillschweigende Kriegsklausel, Gruch. 60 S. 458 ff.
Sintenis, Das praktische gemeine Zivilrecht Bd. I 1860.
Stössel, Die stillschweigende Willenserklärung nach Römischem Recht 1859.
Titze, Die Lehre vom Mißverständnis 1910.
Unger, System des österreichischen allgemeinen Privatrechts Bd I und II 1868.
Walsmann, Der Verzicht 1912.
Wächter, Handbuch des im Königreich Württemberg geltenden Privatrechts Bd. I und II 1839, 1842.
„ Pandekten 2 Bd. 1880, 1881.
Wedemeyer, Auslegung und Irrtum, Diss. Marburg 1903.
Weilbauer, Die ergänzenden Leistungspflichten nach Treu und Glauben 1922.
Wellemeyer, Auslegung und Irrtum in ihrem Zusammenhange 1903.
Windscheid, Die Lehre von der Voraussetzung 1850.
„ Die Voraussetzung AZP. 78, S. 161 ff.
„ Lehrbuch des Pandektenrechts Bd. I 1887.
Zitelmann, Irrtum und Rechtsgeschäft 1879.
„ Die Rechtsgeschäfte im Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches
„ für das Deutsche Reich 1. Teil 1889.

Verzeichnis der Abkürzungen.

ABR.	=	Archiv für Bürgerliches Recht.
AZPNF.	=	Archiv für zivilistische Praxis, neue Folge.
BGB.	=	Bürgerliches Gesetzbuch.
DJZ.	=	Deutsche Juristenzeitung.
Gruch.	=	Gruchots Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts
HGB.	=	Handelsgesetzbuch.
Jher. Jahrb.	=	Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des Bürgerlichen Rechts.
JW.	=	Juristische Wochenschrift.
KG. Bl.	=	Blätter für Rechtspflege im Bezirk des Kammergerichts.
LZ.	=	Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht.
Mot.	=	Motive zu dem von der ersten Kommission ausgearbeiteten Entwurfe des BGB.
OLG.	=	Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechts.
„Recht"	=	Das Recht, Rundschau für den Deutschen Juristenstand.
RG.	=	Das Reichsgericht.
RGZ.	=	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.
ROHG.	=	Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts.
Seuff. A.	=	Seufferts Archiv für die Entscheidungen der höchsten Gerichte.
st. WE.	=	Stillschweigende Willenserklärung.
ZHR.	=	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Konkursrecht begründet von L. Goldschmidt.

§ 1.

Einteilung der Willenserklärungen.

Die Willenserklärungen lassen sich in folgender Weise mitteilen:

1. Der Erklärende hat das, was er aktuell [1]) gewollt hat, auch wirklich erklärt.

a) Er hat sich der zutreffenden Ausdrücke bedient. Hier deckt sich das gewollte mit dem erklärten. Der Inhalt der der Willenserklärung steht schon nach dem Wortbild fest.

b) Die Ausdrucksmittel sind nicht glücklich gewählt. Der Erklärungsinhalt kann nur mit Zuhilfenahme der verschiedenen uns zu Gebote stehenden Auslegungsmittel bestimmt werden. Auch diese Frage der Auslegung der Erklärungsmittel interessiert hier nicht.

2. Das aktuell gewollte ist stillschweigend erklärt.

a) Gewolltes und ausdrücklich erklärtes decken sich nicht, aber das aktuell gewollte ist stillschweigend ausreichend erklärt. Sendet der Kaufmann dem Kunden die bestellten Waren zu, so hat er den Vertragsantrag stillschweigend aktuell angenommen. [2]) Der Student, der in der fremden Stadt ein Zimmer sucht und mit dem Vermieter verabredet, er wolle sich bis zum Abend entscheiden, hat stillschweigend aktuell angenommen, wenn er sein Gepäck am Nachmittag durch einen Dienstmann in die betreffende Wohnung schickt. [3]) Auch die Fälle, in denen jemand den Auftrag eines anderen durch schlüssiges Verhalten ohne vorherige ausdrückliche Annahme ausführt, sind an dieser Stelle hervorzuheben. Weist A den B an, dem C bestimmte Waren zu schicken, so ist der Antrag von B stillschweigend aktuell angenommen, wenn er die Sachen der Eisenbahn zur Beförderung übergibt.

---

[1]) Aktualität bedeutet lebendige Kraft und besteht nicht in einem Sein, sondern in der Wirksamkeit (actus), in einem schöpferischen Tun: in dem Fassen eines Gedankens, also in einem psychologischen Prozeß. Sie beruht auf der Tatsache, daß jeder psychologische Inhalt ein Vorgang ist, das psychologische Ereignis Geschehen nicht ruhendes Sein, unmittelbare Wirklichkeit, nicht Erscheinung ist. Vgl. Wundt, Phil. Stud. X 101, XII 42, 81 ff.

[2]) RGZ. 2 S. 43.

[3]) Zitelmann Rechtsgeschäfte I S. 134.

b) Das aktuell gewollte ist in der Erklärung nicht berücksichtigt, weil es derart selbstverständliche Grundlage des ganzen Rechtsgeschäfts ist, daß der Erklärende sich mit Recht eine Erklärung hierüber sparen kann. Nach Treu und Glauben wird dieser in der Erklärung nicht zum Ausdruck gelangte Wille beachtet, weil sonst die Erklärung sinn-, zweck- und gegenstandslos würde. Nähere Ausführungen und Beispiele hierzu S. 17 ff.

3. In der Willenserklärung ist außer dem aktuell gewollten auch etwas bloß virtuell gewolltes enthalten, das ist das was man aktuell gewollt oder nicht gewollt haben würde, wenn man alles gewußt hätte. [4])

§ 2.

Begriff der virtuellen Willenserklärung

I. Berücksichtigung des virtuellen Willens zugunsten des Schuldners kraft Treu und Glauben.

Der Ausdruck Virtualität ist ein zur Kategorie der Kraft gehörender Grundbegriff und bedeutet „Spannkraft", gebundene Energie außerhalb der ungebundenen aktuellen Energie. Virtualität ist kein selbstständiger Zustand, sondern die im Willen, in der Kraft selbst schon eingeschlossene Wirkungsfähigkeit. Aktuell und Virtuell stehen in einem Gegensatz wie beim Zusammenstoß zweier Körper Wirkung und Gegenwirkung. Während bei dem aktuellen Willen eine Willenstätigkeit, ein Willensakt vorliegt, fehlt bei dem virtuellen Willen ein reiner „Denkwille". Die Partei hat bei Abgabe der Willenserklärung nicht alle Folgen der Erklärung vorausgesehen und mit ihrem Willen umfaßt. Diese von ihr nicht vorausgesehenen und oft nicht voraussehbaren Folgen würde sie aber in Kenntnis aller Umstände gewollt haben. Insofern ist jede Entwicklung zum aktuellen Wollen ein Uebergang vom Virtuellen zum Aktuellen,

---

[4]) Vgl. E. Kaufmann, Wesen des Völkerechts S. 95 ff.: „Der Wille enthält neben dem Aktuellen und zu bewußter Realität Gediehenen Potentielles und bloß Angelegtes in sich, ohne dessen Erkenntnis er selbst nicht erkannt ist." Auch das RG. sagt in Seuff. A. 67 Rd. 194: „Erklärt sei auch das, was sich als selbstverständliche Folge aus dem ganzen Zusammenhang der getroffenen Abreden darstelle, wenn auch die Beteiligten nicht den demnächst eingetretenen Verlauf der Dinge in Betracht gezogen hätten . . . Treu und Glauben erheischen ebenso wie die Verkehrssitte, daß die in einem Vertrage nicht besonders geregelten Punkte dennoch als von der Vereinbarung umfaßt gelten müßten, sofern es klar sei, daß die gegenteilige Annahme sich mit dem, was ausdrücklich verabredet worden sei, in Widerspruch setzen würde."

d. h. von einem Zustand, in dem das, was es sein kann, noch nicht ist, in einen Zustand, in welchem es das, was es vorher nur sein konnte, wirklich ist. [5]) Aus dem Wesen des Virtuellen als der im Willen eingeschlossenen Wirkungsfähigkeit folgt auch die Immanenz des virtuellen Willens in der Willenserklärung in ihr ist der virtuelle Wille gleichsam eingehüllt. Brändl [6]) bezeichnet den virtuellen Willen als den „heuristischen" und bestimmt ihn als den vernunftsmäßigen, der Eigenart des Rechtsgeschäfts angemessenen Wirkungswillen, die berechtigte Parteiabsicht. Die Bezeichnung „heuristisch" charakterisiert die Feststellung des Virtuellen als ein „Schöpfen", Herausholen des immanenten Willens aus der Erklärung nicht unzutreffend. Das Virtuelle besteht einmal darin, daß man die logischen Folgerungen aus der Erklärung herausholt und zu ihrer Ausweitung benutzt; dann auch in einer Willensbeschränkung als Hindernis für die Wirkung der Erklärung. Die erste Funktion des Virtuellen ist eine positive, die letztere eine negative. Bei der Feststellung des Virtuellen im positiven Sinne sprechen Literatur und Rechtsprechung oft von einer sog. „Willensergänzung" [7]) oder von der „Ergänzung des Vertrags", [8]) während man sich bei der Berücksichtigung des virtuellen Vorbehalts nicht selten mit der Annahme einer „stillschweigenden Bedingung", eines „Eigenschaftsirrtums" usw. hilft.

Zur Berücksichtigung des virtuellen Willens genügt es nicht, daß jemand sich auf die Formel beruft: ich würde gewollt oder nicht gewollt haben, wenn ich alles gewußt hätte. Die Berufung auf diesen Willen ist nur da statthaft, wo Zumutbarkeit und Treu und Glauben es rechtfertigen. [9])

---

[5]) Leonhard Irrtum I S. 231 nennt den virtuellen Willen die „bloße innere Prädisposition zum Wollen."

[6]) L-Z. 1925 S. 830.

[7]) Vgl. u. a. Ebbecke Jher. Jahrb. 69 S. 1 ff.; Oertmann, Rechtsordnung S. 197 ff., läßt in den dort angeführten Willen „eine Willensergänzung aus dem Vertragszwecke" zu; in seiner Schrift „Geschäftsgrundlage" erklärt er S. 33: „Möglich bleibe es allenfalls, sie (die GG.) mit Hilfe des „konstruktiven Parteiwillens" gemäß BGB. § 157 als Geschäftsbestandteil hinzuzudenken."

[8]) RGZ. 92 S. 420/1: „Die Ergänzung des Vertrags — nicht etwa des Vertragswillens der Parteien — ist zu finden nach den Richtlinien des im Vertrage sonst ausgedrückten Parteiwillens und nach dem Gesichtspunkte von Treu und Glauben.

[9]) Dadurch unterscheidet sich u. a. die virtuelle Willenserklärung von der aktuellen. Bei dieser kann sich der Erklärende grundsätzlich auf das bloße Gewollthaben berufen. Treu und Glauben, Zumutbarkeit und Nichtzumutbarkeit brauchen der Erklärung keine rechtliche Wirkung zu verleihen. Eine Ausnahme gilt nur hinsichtlich der Fälle, wo ein innerer in der Erklärung nicht zum Ausdruck gelangter Wille nach Treu und Glauben nicht zu beachten ist, vgl. die S. 17 Anm. 33 zitierte Entscheidung.

Das Virtuelle ist immer der Erklärung immanent. Es steckt zuweilen derart in ihr, daß es ohne weiteres erkennbar ist. Wer in der irrtümlichen Annahme einem anderen gegenüber verpflichtet zu sein diesem erklärt: „ich zahle meine Rechnung von 100 RM“ und dann die Leistung bewirkt, will wohl zahlen, zahlt auch unbedingt und ohne aktuellen Vorbehalt, würde aber nicht geleistet haben, wenn er alles gewußt hätte. Nur für den Fall, daß er schuldete, nicht aber für den Fall, daß er nichts schuldete, hat der Erklärende zahlen wollen, hat aber ohne diesen Vorbehalt gezahlt. Dem sind die Fälle gegenüberzustellen, in denen der virtuelle Wille nicht ohne weiteres aus dem Erklärungstatbestand zu erschließen ist, so beim Kauf einer Sache zu einem bestimmten, aber nicht „nach dem V e r t r a g vorausgesetzten Zweck“.

II. Entwicklung der immanenten Folgerungen aus dem Vertrage kraft Treu und Glauben entgegen sowohl dem aktuellen wie dem virtuellen Willen des Schuldners.

Bei den Fällen, in denen der virtuelle Wille geltend gemacht wird, will die eine Partei Einschränkung einer aktuell übernommenen Verpflichtung, weil sich diese Einschränkung aus Treu und Glauben, Billigkeit und Zumutbarkeit ergibt. Die Partei beruft sich also auf das Virtuelle zu ihren Gunsten. Hiervon klar zu scheiden sind die Fälle, in denen die G e g e n partei des Verpflichteten, d. h. des Versprechenden, Erklärenden oder Verfügenden, eine über den Wortlaut hinausgehende Verpflichtung durchsetzen will. Diese läßt sich nicht durch eine virtuelle Erklärung rechtfertigen, weil das Interesse der versprechenden Partei ja gerade auch das Gegenteil geht. Dennoch ist das Verlangen der Gegenpartei unter Umständen berechtigt, sie darf e n t g e g e n dem aktuellen und virtuellen Willen des Versprechenden, Erklärenden oder Verfügenden aus der ganzen Abmachung die immanenten Folgerungen kraft Treu und Glauben ziehen. Wird diese Erweiterung der übernommenen Verpflichtungen auf den virtuellen Willen zurückgeführt, dann liegt im Zweifel eine Fiktion vor, aber eine von dem Recht nach Treu und Glauben, Billigkeit und Zumutbarkeit vorgeschriebene Fiktion. Diese Fälle, in denen g e g e n den Willen der Partei etwas in die Erklärung hineingelegt wird, was dem Willen des Erklärenden nicht entspricht, mögen hernach durch einige Entscheidungen näher erläutert und den Entscheidungen gegen-

übergestellt werden, in denen sich die eine Partei auf ihren virtuellen Willen berufen darf.

§ 3.

Begriff der stillschweigenden Willenserklärung.

Schon im gemeinen Recht bestand hinsichtlich des Begriffes der stillschweigenden Willenserklärung heftiger Meinungsstreit. Zu einer Einigung kam man nicht, weil man nicht nur über die Bedeutung „stillschweigend" stritt, sondern auch über die Bedeutung „Erklärung" uneins war. Das B. G. B. kat keine Begriffsbestimmung der st. W. E. aufgestellt. Der § 72 des I. Entwurfes, der später als überflüssig gestrichen wurde [10]), bestimmte, daß eine W. E. ausdrücklich oder stillschweigend erfolgen könne. Das Gesetz hat es der Wissenschaft überlassen, eine dem praktischen Bedürfnis des Verkehrs entsprechende Begriffsbestimmung der st. W. E. zu geben. Das Problem ist aber nicht zu verstehen, wenn man nicht die bisher hierüber aufgestellten Theorien in zwei Gruppen scheidet: die eine Gruppe, die sich bei der Begriffsentwicklung auf die Erklärungsmittel beschränkt, und die andere Gruppe, die auch auf den Erklärungsinhalt eingeht und den Unterschied von aktuell und virtuell kennt. Das ergibt folgende Einteilung, die allein die Widersprüche in der Theorie aufklärt:

a) Bei der Lehre von der stillschweigenden Willenserklärung haben sich zwei Theorien gebildet, eine subjektive und eine objektive, die sich aber nur in Beziehung auf den äußeren Erklärungstatbestand der ausdrücklichen und der st. W. E., also auf die Erklärungsmittel, nicht bezüglich des Erklärungsinhaltes unterscheiden. Die subjektive Lehre sucht den Unterschied zwischen ausdrücklicher und stillschweigender W. E. in dem Zweck, den die W. E. verfolgt. Danach ist die W. E. eine ausdrückliche, die unmittelbar dazu dient, einen bestimmten Willen kundzutun; stillschweigend eine Erklärung, die „zwar selbständige Zwecke hat, zugleich aber als Mittel für die Erkenntnis des Willens (d. h. eines Willens von Erklärungswert) dient". [11])

Die Anhänger dieser Theorie [12]) — mit Ausnahme von Arndts, der sich in seinen Pandekten bei der Lehre von der

---

[10]) Prot. I S. 68.

[11]) Savigny System III S. 245.

[12]) Savigny System III S. 245; Arndts a. a. O. I S. 74; Puchta a. a. O. S. 100; Dernburg Pand. I S. 225, Preuß. Privatrecht I S. 195; Wächter Pand. II S. 362; Sintenis a. a. O. S. 149 ff.; Burckard a. a. O. S. 271 und das RG. in RGZ. 24 S. 242.

st. W. E. mit einer der subjektiven Theorie entsprechenden Begriffsbestimmung der st. W. E. begnügt — gehen aber auch auf den Erklärungsinhalt ein. Sie beschäftigen sich zugleich mit der weiteren Frage: wann ist im konkreten Fall aus dem konkludenten Verhalten der Schluß auf einen bestimmten Willen des Erklärenden gerechtfertigt? Bevor wir die im einzelnen hierüber abweichenden Ansichten der Schriftsteller anführen, wollen wir uns der von Schliemann, [13]) Endemann, [14]) Förster-Eccius, [15]) Leonhard, [16]) Zitelmann [17]) und später auch von Winscheid [18]) vertretenen objektiven Theorie zuwenden, welche das Hauptgewicht auf die durch Gewohnheit, Sitte und Gesetz bestimmten Erklärungsmittel legt.

Hiernach ist ausdrücklich die W. E., die durch ein Mittel erfolgt, das nach Sitte, Gewohnheit oder Recht normaler Weise dazu bestimmt ist, den inneren Willen zum Ausdruck zu bringen; stillschweigend die W. E., bei welcher der Wille durch andere Erklärungsmittel, die zwar nicht die normalen sind, aber doch einen sicheren Schluß auf den Willen zulassen, zum Ausdruck gebracht wird.

Diese Theorie bezieht sich nur auf die Erklärungsmittel, indem sie auf den Unterschied zwischen ausdrücklicher und stillschweigender W. E. hinsichtlich der größeren oder geringeren Unzweideutigkeit des Willensausdruckes hinweist, [19]) auf die Form, „in welcher sich der das Rechtsgeschäft begründende Wille zur Erscheinung bringt". [20]) Diese Lehre geht nicht auf den Erklärungsinhalt ein und kennt daher nicht den Unterschied von virtuell und aktuell.

b) Bei der Würdigung der Frage, wann der Schluß auf einen bestimmten Willen des Erklärenden zu ziehen ist, vertreten einige Anhänger [21]) der subjektiven Theorie die Meinung, daß nur da eine stillschweigende Erklärung des Willens vorliege, wo die Handlungen der Parteien „mit logischer Notwendigkeit auf die Existenz des bestimmten Willens hinweisen, sodaß ein anderer Wille gar nicht denkbar ist". [22]) Sei diese

---

[13]) Schliemann a. a. O. S. 103 ff.
[14]) Bürgerl. Recht I 1898 S. 266 Anm. 3.
[15]) Preuß. Privatrecht I S. 34.
[16]) Irrtum S. 201.
[17]) Irrtum S. 261 ff.
[18]) Pand. I S. 199/200, AZP. 63 S. 74.
[19]) Regelsberger Pand. I S. 503.
[20]) Unger Privatrecht II S. 113.
[21]) Stössel a. a. O. S. 6 ff.; Burckhard a. a. O. S. 273, 285; Wächter Württ. Privatrecht II S. 734 Pand. I S. 363; Unger System § 85.
[22]) Stössel a. a. O. S. 6 ff.

Voraussetzung nicht gegeben, so könnten höchstens Präsumtionen und Fiktionen in Betracht kommen.

Diese zu strenge und daher das Gebiet der stillschweigenden (aktuellen) Willenserklärung zu stark beschränkende Lehre hat die Feststellung des stillschweigend erklärten aktuellen Willens zum Ziele; sie kann aber auch das Virtuelle umfassen, nämlich dann, wenn das Verhalten des Erklärenden zwar einem anderen als dem Erklärungszwecke an sich nicht dienen kann, gleichwohl aber im konkreten Fall ein aktueller Wille nicht nachweisbar ist.

Dieser Lehre ist die Ansicht von Brinz [23]) gegenüberzustellen, der einen bloßen Wahrscheinlichkeitsschluß für genügend erachtet. Diese Ansicht würde den Begriff der (aktuellen) st. W. E. allzusehr verflüchtigen und oft den virtuellen als einen aktuellen Willen hinstellen.

Herrschend ist heute die von Bekker, [24]) Dernburg [25]) und Regelsberger [26]) vertretene Auffassung, wonach der Schluß auf den stillschweigend erklärten (aktuellen) Willen gerechtfertigt ist, wenn er empirisch begründet ist, d. h. der allgemeinen Lebenserfahrung entspricht. Allgemeine Regeln lassen sich hierüber nicht aufstellen. Von Fall zu Fall ist unter Berücksichtigung der Eigenart der vorliegenden Umstände mit Zuhilfenahme der verschiedenen zu Gebote stehenden Auslegungsmittel zu prüfen, ob der bezeichnete Schluß unbedenklich gezogen werden kann. Dabei sind folgende Fälle auseinanderzuhalten:

α) aus einer ausdrücklichen Erklärung wird auf einen weiteren (aktuellen) nicht ausdrücklich erklärten Willen geschlossen,

β) der Schluß auf den stillschweigend erklärten Willen erfolgt auf Grund des konkludenten Verhaltens einer Partei.

Hat der Urheber einer W. E. in seiner Erklärung verschiedene Punkte äußerlich berücksichtigt und wird dann der Schluß gezogen, daß auch ein weiterer Punkt von dem aktuellen Wollen des Erklärenden stillschweigend mitumfaßt sei, so muß dieser Schluß nach dem Zwecke, den der Erklärende mit der Abgabe seiner W. E. verfolgte, und nach den Regeln der Erfahrung und der Logik gerechtfertigt sein. Es ist somit eine wirklich vorhandene Absicht und ein äußeres Verhalten erforderlich, das

[23]) Pand IV S. 277.
[24]) A. a. O. S. 78.
[25]) Pand. I S. 225, Preuß. Privatrecht I S. 195.
[26]) Pand. I S. 504.

auf das Dasein dieser Absicht einen Schluß gestaltet.[27]) Ergibt sich auf Grund der Wahrnehmung der Erklärung unter Berücksichtigung des Erklärungszweckes, des geschäftlichen Hintergrundes, der Persönlichkeit des Erklärenden sowie aller im Einzelfall in Betracht kommenden Umstände nicht hinreichend der bezeichnete Schluß, so liegt kein aktueller sondern höchstens ein virtueller Wille vor, der nur dann zu berücksichtigen ist, wenn Treu und Glauben seine Beachtung erfordern. Nach dem Gesagten dürfte es nicht schwer sein, den aktuellen und den virtuellen Willen auseinanderzuhalten, aber — „in praxi hat die Sache doch gewisse Schwierigkeiten".[28]) So verwerten Literatur und Praxis, wie des näheren noch unten dargetan wird, den Begriff der st. W. E. (nachfolgend im Sinne des stillschweigend erklärten aktuellen Willens verstanden) da, wo es sich in Wirklichkeit um den virtuellen Willen handelt. Der typische Parteiwille wird als ein aktueller bezeichnet. Eine solche Verkennung des rechtsgeschäftlichen Willens muß vermieden, und wo sie auftritt, rückhaltlos aufgedeckt werden. Die uns zu Gebote stehenden und oben erwähnten Hilfsmittel zur Erforschung des Parteiwillens ermöglichen es, eine Grenze zwischen dem aktuellen und dem virtuellen Parteiwillen zu ziehen.

Unzulässig und verfehlt ist es aber auch, wenn namentlich unsere obersten Gerichtshöfe in ihren Entscheidungen mit der st. W. E. operieren, wo eine solche dem wahren Sachverhalt nicht entspricht und nur dazu verwandt wird, um ein rechtspolitisch vielleicht gerechtfertigtes Erkenntnis zu begründen, so in vielen vom RG. bezüglich der Frage des Ausschlusses der Tierhalterhaftung bei der Gefälligkeitsfahrt ergangenen Urteilen.[29]) Es fehlt in diesen Fällen an den Voraussetzungen eines von der Praxis unterstellten stillschweigenden Vertrages des Inhaltes, daß eine Haftung des Tierhalters aus § 833 BGB. ausgeschlossen sein soll. Der Fahrgast denkt beim Einsteigen in den Wagen nicht an einen Unfall. Er geht vielmehr davon aus, daß ihm nichts zustoßen werde, da er sonst seinen Weg weiter zu Fuß zurücklegen würde. So lehnte auch das in RGZ. 67 S. 31 bezeichnete Oberlandesgericht die Annahme eines stillschweigend abgeschlossenen Vertrags als „völlig grund- und bodenlos" ab. Die zu dieser Frage angeführten Urteile des RG. lassen zur Genüge erkennen, daß es sich hier nicht um Sein

[27]) Zitelmann Rechtsgeschäfte I S. 95.
[28]) Stössel a. a. O. S. 6.
[29]) RGZ. 65 S. 313; 67 S. 433; JW. 1907 S. 309; 1908 S. 108; Gruch. 54 S. 689; JW. 1914 S. 589.

oder Nichtsein einer stillschweigenden Parteiabrede handelt, sondern um die Gewinnung eines praktisch brauchbaren Ergebnisses, das mit der nicht vorliegenden st. W. E. nicht immer erreicht wird, da sie den wahren Rechtsgrund verdeckt. [30])

Auch aus einem konkludenten Verhalten ergibt sich nur bei Nachweis des psychologischen Vorganges der Schluß auf einen stillschweigend erklärten (aktuellen) Willen. Nicht selten wird aber trotz Fehlens eines individuellen Willens eine st. W. E. angenommen. So wenn man aus einem schlüssigen Verhalten des Berechtigten gegenüber dem anderen Teile einen Verzicht entnimmt und es für unerheblich erklärt, wenn ein innerer Verzichtswille nicht vorliegt, [31]) weil das Gegenteil mit dem Verhalten kraft Treu und Glauben unvereinbar ist. Es wird dann aus der Negation auf die Position geschlossen. Weiter ist hierher das Stillschweigen auf eine Offerte im kaufmännischen Verkehr zu rechnen. Bestand für den anderen Teil die Verpflichtung, auf die Offerte zu antworten und ließ er sie unberücksichtigt, so wird von Literatur und Rechtsprechung eine stillschweigende Zustimmungserklärung zu dem Vertragsantrag des Offerenten angenommen. Es wird hier dem anderen Teil ohne Rücksicht auf seinen Willen und die Gründe seines Schweigens ein bestimmtes Ergebnis aufgedrängt. In beiden angeführten Fällen liegt ein aktueller Wille nicht vor, aber nach Treu und Glauben wird ein virtueller Wille unterstellt. Der Gegner kann verlangen, daß der eine Teil sich nicht in Widerspruch mit seinem früheren Verhalten setze, daß etwas bestimmtes als virtueller Wille unterstellt werde, [32]) das nicht einmal virtuell gewollt ist.

---

[30]) Vgl. hierzu Krückmann Einführung S. 114/5.

[31]) Das Landesarbeitsgericht Hamburg führt im Urteil vom 6. 9. 1927, zitiert in Rspr. des Arbeitsrechts 1928 Nr. 188, aus: „Das Stillschweigen des Arbeitnehmers ist als Verzicht auf Schadensersatz wegen Vertragsverletzung aufzufassen, auch wenn der Verzichtswille fehlte, aber das Verhalten nach der Verkehrssitte als Verzicht aufgefaßt werden mußte." Vgl. auch Recht 1915 Nr. 422.

[32]) Vgl. hierüber Hartmann AZP. 72 S. 162: „Auf Grund des ganzen Auftretens einer Partei wird . . . um der Zwecke des Rechts willen gelegentlich ein Wille juristisch als vorhanden gefunden oder angenommen, an dessen Erklärung die Partei gar nicht gedacht hat."

§ 4.

Nichterklärung des aktuell gewollten, weil das aktuell gewollte derart selbstverständliche Grundlage des ganzen Rechtsgeschäfts ist, daß der Erklärende sich nach Treu und Glauben irgendeine Erklärung hierüber sparen kann.

Inhalt einer Willenserklärung ist, was sich ergibt, wenn der Erklärende sicher an den betreffenden Fall gedacht, aber ihn als selbstverständlich in seiner Erklärung nicht äußerlich berücksichtigt hat.

Ein solcher Wille, von dem sich der eine Vertragsteil bei Abschluß des Vertrages leiten läßt, erhält, auch wenn er dem anderen Teile bekannt ist, damit nicht ohne weiteres Wirksamkeit.[35]) Er wird nur da berücksichtigt, wo er derart selbstverständliche Grundlage des ganzen Rechtsgeschäfts ist, daß der Erklärende sich mit Recht hierüber eine Erklärung sparen kann; denn Treu und Glauben erfordern seine Beachtung, weil anders die Erklärung sinn-, zweck- und gegenstandslos würde.

RGZ. 33, S. 103: Hier handelt es sich um die Frage, ob die gewerbliche Verwertbarkeit der patentierten Erfindung eine stillschweigende Bedingung des Lizenzvertrages ist. Das Oberlandesgericht Celle bejahte diese Frage, während das Reichsgericht der Annahme des Berufungsgerichts unter Aufhebung seines Urteils mit folgenden Ausführungen entgegentritt:

„Den Gegenstand des Lizenzvertrages bildet aber allein die dem Lizenzträger gewährte Erlaubnis zur Benutzung der patentierten Erfindung. . . Nicht aber ist Voraussetzung des Vertrages das Vorhandensein derjenigen Eigenschaften einer Erfindung, welche das Gesetz für die Patentierung der Erfindung fordert. Der Irrtum des Lizenzträgers über die Verwertbarkeit der Erfindung ist nur ein Irrtum im Beweggrunde, nicht ein Irrtum über den Vertragsgegenstand selbst".

Die Ansicht des Reichsgerichts ist unhaltbar und verstößt gegen die Auffassung eines rechtlich und wirtschaftlich denkenden Menschen.[34]) Der Kläger war bei Abschluß des Lizenzvertrages sicherlich von der gewerblichen Verwertbarkeit der patentierten Erfindung ausgegangen, hatte den Vertrag nur geschlossen, um den technischen Erfolg der angeblichen Erfin-

---

[33]) Recht 1912 Nr. 1745.

[34]) Sie wurde auch bald aufgegeben. Der in RGZ. 75 S. 403/4 unternommene Versuch, die angeführte Entscheidung zu rechtfertigen, ist als mißglückt anzusehen.

dung zu erreichen. Es lag somit bei dem Kläger eine durchaus aktuelle Vorstellung vor. Dieser aktuelle Wille ist aber in seiner Willenserklärung nicht zum Ausdruck gekommen. Der Kläger hielt es mit Recht nicht für nötig, weil es in der Natur des Lizenzvertrages liegt, daß er von dem Lizenznehmer nur geschlossen wird, um den technischen Erfolg der Erfindung zu erreichen. Treu und Glauben erfordern die Berücksichtigung dieses inneren Willens des Klägers, da dessen Erklärung sonst sinn-, zweck- und gegenstandslos sein, und damit dem Vertrage die praktische Vernunft fehlen würde.

Die Abweisung der Klage wäre jedoch dann gerechtfertigt gewesen, wenn die Benutzung der Erfindung dem Lizenzträger keinen wirtschaftlichen Erfolg z. B. kein Absatzgebiet gebracht hätte. Hier mußte ohne besondere Zusicherung seitens des Lizenzgebers der Lizenznehmer die Folgen auf sich nehmen, da er der nächste ist, diesen Schaden zu tragen; denn dieses Wagnis wird ihm von dem Lizenzgeber nicht abgenommen.

OLG. 22 S. 261:

„Bei dem Kauf einer Gastwirtschaft gehen beide Teile selbstverständlich davon aus, daß der Wirtschaftsbetrieb auch für die Folgezeit zugelassen werde. Dennoch kann nicht gesagt werden, daß die Erteilung der Konzession an den Käufer unter allen Umständen als selbstverständliche Bedingung des Kaufgeschäftes anzusehen sei. Es ist daher wohl möglich, daß der Käufer die Gefahr der Konzessionserteilung auf sich hat nehmen wollen, auch wäre es unbillig, den Verkäufer die Gefahr tragen zu lassen, wenn die Konzession nur wegen der moralischen Qualität des Käufers versagt worden ist. Ob die Wirksamkeit des Kaufgeschäfts von der Konzessionserteilung abhängig zu machen ist oder nicht, kann daher nur nach den Umständen des Einzelfalles beurteilt werden. Hier ist die Konzession dem Käufer (Kläger) nur wegen mangelnden Bedürfnisses versagt worden, sodaß der Mißerfolg nicht ihm zur Last fällt. Aus dem Vertrag ist aber auch zu seinen Gunsten zu schließen, daß die Konzession Vertragsbedingung hat sein sollen. Nach § 1 hat die zweite Zahlung: 2000 Mark beim Antritt und Konzessionserteilung zu erfolgen. Das kann nur dahin verstanden werden, daß die 2000 Mark und die weiteren Zahlungen von der Konzessionserteilung abhängig sein sollten, woraus sich aber auch ergibt, daß die Anzahlung gleichfalls nur unter der Voraussetzung geleistet ist, daß die Konzession erteilt werden würde".

Beim Kauf einer Wirtschaft kann grundsätzlich gesagt werden, daß der Käufer den Vertrag nur unter der stillschwei-

genden Bedingung der Konzessionserteilung geschlossen hat. Er kann sich hierauf aber nur dann berufen, wenn es nicht an ihm liegt, daß die Bedingung nicht erfüllt wird. Das vorliegende Erkenntnis unterscheidet mit Recht, wann im Einzelfall die Nichterteilung der Genehmigung zu Lasten des Verkäufers oder des Käufers geht. Die S. 17 ff. entwickelten und entschiedenen Fragen treffen auch hier zu. Es fragt sich, wer im besonderen Falle der nächste ist, die Gefahr zu tragen. Wird die Konzession versagt, weil die Bedürfnisfrage verneint ist, so trägt der Verkäufer die Gefahr, [35]) es sei denn, daß aus dem Vertrag hervorgeht, daß auch in diesem Falle der Käufer die Gefahr hat auf sich nehmen wollen. Wird dagegen die Konzession dem Käufer wegen Unzuverlässigkeit nicht erteilt, ist also die Konzessionsverweigerung in seiner Persönlichkeit begründet, so ist dieser Umstand ihm zuzurechnen. Auf seinen inneren andersgerichteten aktuellen Willen kommt es dann nicht an.

DJZ. 1909 Sp. 1500: „Durch schriftlichen Vertrag vermietete die klagende Gesellschaft dem Beklagten Fernsprechapparate gegen eine jährliche Vergütung und übernahm es, die Apparate beim Beklagten anzubringen. Sie schickte demgemäß einen Monteur zum Beklagten, der die Apparate anbringen sollte. Der Hauswirt des Beklagten gestattete dies aber nicht, der Monteur mußte unverrichteter Sache fortgehen, und nunmehr erklärte der Beklagte, daß er den Auftrag annulliere. Die Klägerin verlangte die erste Jahresmiete und weitere Erfüllung; auf ihre Klage verurteilte das Landgericht I Berlin den Beklagten. Es nahm an, daß es bei Auslegung des Vertrages nach der Verkehrssitte Sache des Beklagten und nicht der Klägerin gewesen sei, für die Genehmigung der Anbringung durch den Hauswirt zu sorgen. Da der Klägerin also die Bewirkung der ihr obliegenden Leistung durch einen vom Beklagten zu vertretenden Umstand unmöglich gemacht worden sei, habe sie den Anspruch auf die vertragsmäßige Vergütung. Das Kammergericht wies die Klage ab. Die Wirksamkeit des Vertrages sei nach dem Willen der Parteien stillschweigend bedingt gewesen durch die Erteilung der Genehmigung seitens des Hauswirtes. Wenn es auch dem Beklagten obgelegen habe, diese Genehmigung zu erwirken, so brauche er doch nicht für die Versagung derselben einzustehen; dies hätte durch besondere Garantieleistung zum Ausdruck gebracht werden müssen. Der Beklagte brauche es also

[35]) A. A. OLG. 22 S. 261.

nicht zu vertreten, daß der Klägerin durch den Widerspruch des Hauswirtes die Erfüllung unmöglich geworden sei."

Das Landgericht I Berlin hat übersehen, daß eine stillschweigende Bedingung auch dann vorliegen kann, wenn die Parteien über die Entwicklung des Rechtsgeschäfts vorher nicht gesprochen haben, und dieser Umstand auch nicht in der Erklärung äußerlich berücksichtigt ist, die Parteien vielmehr — vorliegendenfalls — die Erteilung der Genehmigung des Hauswirtes als selbstverständlich angesehen haben. Wenn auch der Beklagte die Genehmigung des Hauswirtes zu erwirken hatte, so ist er doch für die Nichterteilung der Genehmigung nicht verantwortlich, da die Weigerung des Hauswirts nicht in seiner Person begründet ist und er darüber hinaus keine dahingehende Garantie übernommen hat. Er kann sich daher mit Recht auf seine bedingt abgegebene Erklärung und auf den Nichteintritt der Bedingung berufen.

Recht 1915 Nr. 12:

„Den Gegenstand der Vertragsverhandlungen bildeten solche Röhren, wie die Klägerin sie in ihrem Geschäftsbetrieb her. stellt. Der ausgesprochene Zweck des Vertrages war, daß der Beklagte die Röhren bei drei von ihm zu erbauenden Gemeindewasserleitungen verwende. Beide Teile wußten, daß die Wasserleitungen unter staatlicher Aufsicht auszuführen seien, und daß die tatsächliche Verwendung der vom Beklagten zu stellenden Röhren von der Aufsichtsbehörde abhänge. Da hiernach die Röhren der Klägerin, wenn diese Genehmigung versagt wurde, für den Beklagten unbrauchbar waren, so muß, da noch ausdrücklich darüber verhandelt wurde, ob die liegend gegossenen Röhren werden zugelassen werden, als stillschweigend gewollte Vertragsbedingung angesehen werden, daß die erforderliche Genehmigung erteilt werde. Für die Annahme, daß der Beklagte arglistig beabsichtigt hätte, die liegend gegossenen Röhren unter Täuschung der Aufsichtsbehörde zu verwenden, fehlt es an jedem Anhalt. Daß die Bedingung, weil sie nur stillschweigend gewollt war, nicht in die Vertragsurkunde aufgenommen wurde, steht der Annahme nicht entgegen, daß sie wirksam vereinbart war."

Die Begründung des Urteils mit der stillschweigen Bedingung ist zutreffend. Die Parteien haben sogar vorher ausdrücklich über die Zulassung der Röhren verhandelt und die Erteilung der Genehmigung seitens der Aufsichtsbehörde für zweifelhaft angesehen. Nicht unter einer bloßen Voraussetzung sondern unter einer echten Bedingung haben sie das Rechtsgeschäft

abgeschlossen. Der Beklagte kann sich mit Recht auf den Nichteintritt der Bedingung berufen. Daß diese nicht in die Vertragsurkunde aufgenommen worden ist, steht dem nicht entgegen. Auch hinsichtlich beurkundeter Rechtsgeschäfte ist es nicht nur zulässig, sondern auch erforderlich, festzustellen, wovon die Parteien bei Vertragsabschluß ausgegangen sind, was sie gedacht haben.

Die Anwendung der Geschäftsgebräuche (Usancen) führt man auf eine stillschweigende Unterwerfung der Parteien zurück,[36]) selbst wenn ein solcher Wille nicht nachweisbar ist.[37]) So sagt Laband in seinem Aufsatz über Handelsusancen:[38]) „Usancen kommen als Rechtsätze, d. h. ohne daß die Parteien ihre Anwendung gewollt haben, garnicht in Betracht, sondern nur unter der Voraussetzung, daß sie als stillschweigend vereinbart anzusehen sind". Auch Goldschmidt[39]) nimmt eine stillschweigende Unterwerfung der Parteien unter die üblichen Handelsusancen an, „weil bei der ungemeinen Schnelligkeit der Handelsoperationen die Fixierung des konkreten Vertragsinhaltes sich auf die wesentlichen, für den einzelnen Vertrag eigentümlichen Punkte zu beschränken, weil mit einem kurzen Ausdruck eine ganze Reihe von gewollten Rechtsfolgen . . . erklärt zu werden pflegt."

Die Rechtssprechung operiert mit diesem Unterwerfungswillen der Parteien noch heute. In RGZ. 109 S. 304 rügt das RG. das Urteil des Berufungsgerichts, das den vermutlichen Willen zu einem stillschweigend erklärten erhoben hatte. Das RG. nimmt eine solche stillschweigende Abrede nur dann an, wenn die Geschäftsbedingungen — in jenem Falle der Spediteure — in geeigneter Weise durch öffentlichen Anschlag in den Geschäftsräumen, in weit verbreiteten Zeitungen usw. bekannt gegeben seien. Wenn dann die Partei jene Bedingungen nicht zur Kenntnis genommen habe, so unterwerfe sie sich ihnen doch stillschweigend. In diesem Sinne hat das RG. noch jüngst[40]) die Allgemeinen Deutschen Spediteurbedingungen, die am 10. August 1927 in Kraft getreten sind, den Rechtsbeziehungen zwischen Kaufleuten auch dann zugrunde gelegt, wenn sie nicht Gegenstand ausdrücklicher Vereinbarung zwischen den Parteien gewesen sind. Mit der Annahme eines

---

[36]) Laband ZHR. 17 S. 466 ff.; Gierke Privatrecht I S. 113/4 und die älteren Kommentare zum HGB.

[37]) Düringer-Hachenburg HGB. I 1930 S. 12.

[38]) A. a. O. S. 507.

[39]) Handelsrecht I. 2. Aufl. S. 336.

[40]) RG. JW. 1930 S. 1983.

solchen aktuellen Unterwerfungswillen auf Seiten des anderen Vertragsteils, dem die Bedingungen nicht bekannt sind, hat man in theoretischer Willensübertreibung „die schiefe Bahn betreten, auf der es kein Halten mehr gibt". [41]) Die vorstehenden Ausführungen des RG. beweisen, daß es sich um eine Ersatzkonstruktion handelt, der angebliche aktuelle Parteiwille dazu verwandt wird, eine befriedigende Entscheidung zu begründen. In Wirklichkeit hat regelmäßig nur der eine Vertragsteil den Geschäftsgebrauch gekannt und in Bezug hierauf seine Willenserklärung abgegeben. Die Berücksichtigung des Handelsgebrauches beruht nicht auf einem beiderseitigen aktuellen Unterwerfungswillen sondern auf dem inneren, in der Erklärung nicht zum Ausdruck gelangten aktuellen Willen des einen Vertragsteils, der berechtigt ist, sich hierauf dem Vertragsgegner gegenüber nach Treu und Glauben zu berufen. Dieser kann nicht entgegenhalten, daß er einen entgegengesetzten aktuellen Willen gehabt habe; einen solchen hätte er in der Form eines aktuellen Vorbehalts dem andern Teil gegenüber kundgeben müssen. Auch darauf, daß der Gegner bei Kenntnis des Geschäftsgebrauches dessen Berücksichtigung für das betreffende Rechtsgeschäft ausgeschlossen haben würde, kommt es nicht an. Die eine Partei kann bei Abgabe ihrer Willenserklärung mit Recht voraussetzen, daß der dem gleichem Kreise angehörige Vertragsgegner den Geschäftsgebrauch kennt. Ist dieser der Geschäftswelt in geeigneter Weise bekannt gemacht, so ist die Berufung auf ihn vom Richter auch dann zu beachten, wenn der Vertragsgegner seine Kenntnis leugnet. Ihm ist nach Treu und Glauben zumutbar, was er in beruflichem Kreise wissen und womit er rechnen muß.

Waren beiden Parteien bei Abschluß des Vertrages die Geschäftsgebräuche bekannt, so sind diese für sie aktueller Willensinhalt geworden: jeder Vertragsteil hat die Folgen seiner Erklärung in dieser Richtung im voraus übersehen, mit seinem Willen umfaßt und sich daher ihnen unterworfen. Besteht demnach ein Handelsbrauch des Inhaltes, daß in einem bestimmten Geschäftszweig Kaufverträge beurkundet zu werden pflegen, so kann man bei Kenntnis der Parteien hiervon unbedenklich annehmen, daß die Beurkundung des zu schließenden Vertrags stillschweigend aktuell vereinbart ist. Eine solche Abrede wird zutreffend in OLG. 39 S. 41 angenommen. Es wird dort ausgeführt, daß eine stillschweigende Verabredung dann vorliege, wenn in einem Geschäftszweig die allgemeine, den Beteiligten bekannte Uebung besteht, daß eine Beurkundung

[41]) Oertmann, Rechtsordnung S. 72.

gewisser Verträge erfolgt und für den Abschluß der Verträge wesentlich ist. Dem Gutachten der Sachverständigen sei zu entnehmen, daß im Handel mit amerikanischen Hölzern eine Beurkundung der Kaufverträge als unbedingt erforderlich gilt u n d dies allen Beteiligten, besonders dem Kläger bekannt sei. . .

Das Oberlandesgericht hat hier hinsichtlich der Annahme der stillschweigenden Verabredung mit Recht Wert auf die Feststellung gelegt, daß der betreffende Handelsbrauch auch den Parteien bekannt war. Es genügt zur Annahme einer solchen Abrede nicht, wenn lediglich eine Verkehrssitte ohne Rücksicht auf die Kenntnis der Parteien festgestellt wird, wie das nicht selten in der Rechtsprechung geschieht.[42]) In letzterem Falle beruht die Berücksichtigung des Handelsbrauches nicht auf dem aktuellen Willen beider Parteien sondern auf dem nach Treu und Glauben zu berücksichtigenden inneren Willen e i n e s Vertragsteils.

§ 5.

Stillschweigende Willenserklärung und virtueller Willensinhalt,

I in der Literatur.

Da beim virtuellen Willen nichts aktuell gewollt und erklärt ist, weder ausdrücklich noch stillschweigend, kann sich auch die st. WE. überhaupt nicht mit dem virtuellen Erklärungsinhalt berühren. Die st. WE. ist hier eine bare Fiktion, ein Hilfsmittel, um einen ganz anders gearteten Tatbestand mit unter den Begriff der Erklärung, des Erklärens und des Erklärthabens zu bringen. Man fingiert das bisher noch nicht genügend analysierte als etwas, dessen Analyse bekannt und geläufig ist. Diese Fiktion gilt es jetzt abzutun und den durch Fiktion unter den bisher geläufigen Begriff eingereihten Tatbeständen ihre eigene selbständige Formel zu geben. Zu diesem Zwecke mögen die in der Literatur und Rechtsprechung behandelten Fälle nachgewiesen und besprochen werden, in denen der virtuelle Wille als ein aktueller (stillschweigend erklärter) Wille angesehen ist.

1. Das Virtuelle als positiver Entwicklungsfaktor und die stillschweigende Willenserklärung.

Schon in der älteren Literatur[43]) mußte die st. WE. dort, wo man heute von „Vertragsergänzung“ spricht, aushelfen.

[42]) Vgl. Recht 1908 Nr. 2293.
[43]) Oertmann Rechtsordnung S. 155.

Hinsichtlich des Vertrages stellte man bei Nichtregelung eines Punktes die Frage: Was würden die Parteien gewollt haben, wenn sie alles gewußt hätten? Den fraglichen Willen bestimmte man dann nach Zweck, Inhalt und Wesen des betreffenden Vertrags. Aus der Feststellung dieses virtuellen Willens folgerte man ohne weitere Bedenken, daß dieser notwendigerweise stillschweigend miterklärt worden sei. [44])

Man trug etwas Aktuelles in die Erklärung hinein, das in ihr nicht enthalten war. Die Konstruktion wurde damit bequemer, weil man den wahren Rechtsgrund nicht aufzudecken brauchte. Zitelmann [45]) freilich ist nicht mehr so sicher, ob alles das, was die frühere Theorie als stillschweigend erklärt bezeichnete, der wahren Rechtslage Rechnung trägt. Er läßt es dahingestellt sein, ob der „ergänzte" Wille als stillschweigend bezeichnet werden kann. Angesichts seiner Kennzeichnung der st. WE. („bei der stillschweigenden Willenserklärung muß eine wirkliche, vorhandene Absicht und ein äußeres Verhalten gefordert werden, welches auf das Dasein dieser Absicht einen Schluß gestattet", Rechtsgeschäfte I S. 95) ist sein Zaudern, gegen den Mißbrauch dieser Rechtsfigur Front zu machen, nicht verständlich, vielleicht aber auf die Ausführungen des RG. in dem Urteile vom 1. März 1882 [46]) zurückzuführen, das, wie nachstehender Wortlaut beweist, auch eine klare Stellungnahme vermeidet: „. . . bleibt nur übrig, . . . zunächst mittels freiester Interpretation unter Ergänzung eines mangelhaften Parteiwillens im Sinne des vernünftigen und billigen einen auf das Recht eines bestimmten Territoriums gerichteten Unterwerfungswillen zu ermitteln. . . . . Ob man in letztem Falle noch auf einen stillschweigenden oder präsumtiven Unterwerfungswillen zu rekurieren, oder eine objektive aus der Natur der Sache sich ergebende Rechtsnorm anzunehmen hat, kann dahingestellt bleiben." Fr. Leonhard [47]) hat in seiner Schrift „Erfüllungsort und Schuldort" 1907 nachgewiesen, daß die Frage nach dem vertraglich begründeten Gerichtsstand sehr oft von Literatur und Rechtsprechung mit der Annahme einer „stillschweigenden Vereinbarung" gelöst worden ist, wo eine solche Abmachung der wahren Sachlage nicht entsprach. „Freilich operieren die meisten von ihnen mit der An-

---

[44]) Vgl. hierzu auch Leonhard AZP. 120 S. 98 ff.: „ . . . es ist gar nicht wahr, daß die Parteien immer eben dies, was sachgemäß ist, gewollt haben: es läßt sich nicht selten das Gegenteil feststellen, meistens aber, daß sie an diese Frage gar nicht denken."

[45]) Rechtsgeschäfte I S. 96.

[46]) RGZ. 6 S. 130/1.

[47]) S. 90.

nahme, daß das Recht des Staates, wo die Erfüllung stattfand, hier stillschweigend durch Parteiabrede ausgeschlossen worden sei. Insbesondere findet sich diese Begründung häufig in den Entscheidungen des Reichsgerichts." Aus welchem Grunde die Rechtsprechung in diesen Fällen mit einer st. WE. operiert, gibt er [48]) unter Ablehnung einer solchen Rechtsprechung in folgenden Sätzen zutreffend an:

„Noch weniger glücklich ist der Ausweg, der sich besonders oft in der deutschen Rechtsprechung findet: den Parteiwillen gegen unbillige Entscheidungen zu Hilfe zu rufen. . . Insbesondere läßt sich für die Annahme dieses Parteiwillens eben gar nichts anderes ins Feld führen, als daß die Entscheidung nach der aufgestellten Theorie unzweckmäßig sein würde."

Die Würdigung der st.WE. durch Fr. Leonhard ist noch dahin zu ergänzen, daß die Annahme einer solchen Parteiabrede der Sachlage nicht entspricht und geeignet ist, den Begriff der st. WE. wesenlos zu gestalten. Der tiefere Grund, weswegen besonders das RG. diesen Parteiwillen zur Begründung seiner Entscheidungen heranzieht, scheint der zu sein: es kann den Parteien zurufen: das Urteil, das wir gesprochen, ihr habt es selbst gewünscht und gewollt. In Wirklichkeit ermag sich eine derartige Entscheidung nicht auf die nichtvorhandene aktuelle Parteiabsicht zu gründen, sondern sie stützt sich auf den virtuellen Willen oder die logische Immanenz.

Bruck [49]) führt die Befugnis des Mieters, auch dritten den Mietgebrauch der Wohnung zu gewähren, und seine Verpflichtung, in der Zulassung der Einwirkung auf die Mietsache stets das Interesse des Vermieters zu beobachten, auf eine stillschweigende Parteiabrede zurück. In Wirklichkeit ergibt der virtuelle Wille, folgerichtig aus der Erklärung gewonnen, den wahren Rechtsgrund. Weiterhin läßt Planck [50]) bei einem Dienstvertrag mit Arzt, Anwalt, Köchin oder Kutscher diese Personen bei Abschluß des Vertrages eine besondere Sachkunde zusichern und nimmt hinsichtlich dieser Zusicherung ein als selbständigen Nebenvertrag zu behandelndes Garantieversprechen an, während in Wahrheit ein aktueller Wille nicht vorliegt sondern mit der Feststellung des Virtuellen aus dem Dienstvertrag direkt geholfen werden kann.

---

[48]) S. 127.
[49]) ABR. 27 S. 129.
[50]) Erl. 3a zu § 611 BGB.

2. Das Virtuelle als Willensbeschränkung und die stillschweigende Willenserklärung.

Auch bei der Berücksichtigung des Virtuellen im negativen Sinne bringt man etwas Aktuelles in die Erklärung einer Partei, das gar nicht in ihr enthalten ist. Dies geschieht oft in der Form der stillschweigenden Bedingung.[51]) Das geht natürlich nicht an. Wenn ich etwas unbedingt erklärt habe, kann ich mich nicht nachher auf eine Bedingung berufen. Ich habe eben unterlassen, eine solche zu setzen, und darf daher auch nicht ihre Rechtswohltaten in Anspruch nehmen. Auch im Wege der Auslegung gem. § 157 BGB. kann einer unbedingt abgegebenen Erklärung grundsätzlich keine Bedingung eingefügt werden. Nur in gewissen Fällen kann das äußerlich Unbedingte durch Auslegung kraft Logik sich als bedingend kundgetan ergeben.[52])

Die Motive lehnten bei der Regelung des Mietverhältnisses die Aufnahme der Bestimmung ab, wonach der Mieter von dem Vertrage zurückzutreten berechtigt ist, wenn für ihn die Fortsetzung des Gebrauchs der gemieteten Sache mit einer erheblichen Gefahr verbunden ist, mit der Begründung, daß in concreto zu untersuchen sei, „ob der Gebrauch objektiv oder nur aus einem in der Person des Mieters liegenden Grunde verhindert, oder ob und inwiefern anzunehmen ist, daß dem Mieter für den betreffenden Fall ein Rücktrittsrecht stillschweigend hat zugestanden werden sollen". Mit Recht verwirft Mittelstein[53]) den letzteren Gesichtspunkt als „kaum verwendbar". Ein solcher kann zu der abwegigsten Konstruktion führen, wie dies der bei R. Leonhard,[54]) mitgeteilte Fall beweist: In Wien hatte ein Familienvater seinen Mietskontrakt nicht anerkennen wollen, als vor dem Beginne der Vertragszeit im Mietshause der Keuchhusten ausgebrochen war, weil damit eine „stillschweigende Bedingung" ausgefallen sei. Es kann nicht stark genug betont werden, daß nur das Virtuelle die richtige Begründung und Entscheidung bringen kann und im übrigen stillschweigende Bedingungen ebenso so selten sind wie weiße Raben.

Das Bestreben, mehr in die Erklärung hineinzulegen als in ihr enthalten ist, erreicht seinen Höhepunkt, wenn man dem Richter bei nachträglicher Veränderung der Verhältnisse das imperium verleiht, eine Vertragsänderung nach billigem Ermessen vorzunehmen, da der Anspruch der Parteien hierauf im

---

[51]) Vgl. bes. RGZ. 24 S. 169; 62 S. 267; dagegen Henle Unterstellung S. 40.

[52]) Krückmann AZP. NF. 11 S. 5/6.

[53]) Die Miete nach dem Rechte des Deutschen Reichs 1900 S. 115.

[54]) Allg. T. S. 392 Anm. 2.

Vertrage selbst enthalten sei. Der Parteiwille habe sich doch auf den Austausch gleichwertiger Leistungen gerichtet. Diese Ansicht findet im Gesetz und Parteiwillen keine Stütze, beweist aber, daß der virtuelle Vorbehalt bei veränderten Umständen oft beachtlich ist.

Burchhardt [55]) führt zu der Entscheidung des Reichsoberhandelsgerichts Bd. 23 Nr. 48 S. 137 des Inhalts, daß jeder Kaufmann, der einem anderen gegenüber Kredit beantragt, sich für kreditwürdig darstelle, aus: man möge hier, wenn man sich nicht mit dem Begriff der Voraussetzung befreunde, eine stillschweigende Bedingung konstruieren, die die Verkehrssitte hinzusetze. [56]) Die Unrichtigkeit dieser Meinung, die den virtuellen Vorbehalt je nach Geschmack unter die Voraussetzung oder die stillschweigende Bedingung bringt, nach Belieben Virtuelles mit Aktuellem vertauscht, braucht nach dem Gesagten nicht näher dargelegt zu werden. Das gleiche gilt von den Ausführungen R. Leonhards, der denselben Fehler begeht. Er nimmt überall dort eine stillschweigende Bedingung an, wo die Voraussetzung zu beachten ist, [57]) und bezeichnet die bei Burchardt [58] behandelten Fälle als Beispiele stillschweigender Bedingungen, wo solche durchaus nicht vorliegen. [59]) Zu dieser Auffassung mag er vielleicht durch die Bemerkungen Burchardts verleitet worden sein, der es keinem verübelt, wenn jemand eine stillschweigende Bedingung „hinzudenkt". Daß Leonhard den nach Treu und Glauben zu berücksichtigenden virtuellen Willen als stillschweigend erklärten Parteiwillen hinstellt, geht besonders noch daraus hervor, daß er [60]) die Ausführungen des ROHG. Bd. 22 S. 371 [61]) unterstreicht und hierzu bemerkt; daß die einsichtige Partei,

---

[55]) Gruch. 39 S. 34.

[56]) Das RG. hat sich in dem Erkenntnis vom 20. X. 1911, Gruch. 51 S. 580, bezüglich der Kreditwürdigkeit des Käufers bei Kreditkäufen wie folgt geäußert: „Es ist bei Kreditkäufen regelmäßig Geschäftsinhalt, daß der Käufer, dem kreditiert wird, bei Vertragsschluß sich in einer Lage befindet, daß er überhaupt als befähigt zu erachten ist, den Kaufpreis zu bezahlen." Dieser angebliche „Geschäftsinhalt" ist wohl als vom Verkäufer seiner Erklärung eingefügte stillschweigende Bedingung der Kreditwürdigkeit des Käufers aufzufassen; vgl. auch Oertmann Geschäftsgrundlage S. 41.

[57]) Irrtum 1893 II bes. S. 381, 385, 395, 529.

[58]) Gruch. 39 S. 34 ff.

[59]) ZB. es wird ein Kassenbote angestellt, der 3 Jahre wegen Einbruchs im Zuchthaus zugebracht hat und ähnliche Fälle.

[60]) Irrtum 1907 S. 231.

[61]) ROHG. 22 S. 371: „Was die Parteien für einen von ihnen nicht vorhergesehenen Fall nach dem Zwecke ihres Geschäftes und der herrschenden Auffassungsweise gewollt haben würden, das ist in Wahrheit ihr Wille, welcher der subsidiären Gesetzregel vorgehen muß."

welche die Folgen ihrer Handlungen vorher erwäge, indirekt auf das hinweise, was sie gewollt haben würde. [62])

Dernburg [63]) will in der Entlastung des Vormundes oder des Vorstandes einer A. G. einen endgültigen Verzicht des Entlastenden dann nicht sehen, somit es sich um Dinge handelt, die für ihn nicht erkennbar waren. Er stellt in Verkennung des Virtuellen den Satz auf: „Dies wird auch inskünftige als Bedingung des in der Entlastung liegenden Verzichtes anzusehen sein. [64])

Alle diese Schriftsteller übersehen, daß eine Bedingung, auch eine stillschweigende, mit psychologischer Notwendigkeit eine Ungewißheit der Parteien verlangt. In den bezeichneten Fällen aber hatten die Parteien in dieser Richtung keinen Zweifel und gaben daher ihre Erklärung unbedingt ab. Trotzdem wird ihnen eine bedingte Erklärung unterschoben. Der Grund hierfür ist leicht zu erkennen. Die Voraussetzung lehnt man ab, weil ihre Berücksichtigung jede Grenze zwischen Inhalts- und Motivirrtum aufhebe, [65]) und „ein Mittelding zwischen Beweggrund und der wirklichen Bedingung gibt es nicht." [66]) Daher das Sichabmühen mit der stillschweigenden Bedingung, deren Anwendungsgebiet heute zum großen Teil durch die Lehren von der Geschäftsgrundlage, dem Geschäfts- und Parteizweck eingeschränkt ist. Die Erfassung des virtuellen Vorbehalts besteht in der Erkenntnis, daß es sich hier nicht um ein vermeintliches „Nichtgewollthaben" handelt, sondern um ein „Anderswollendürfen" d. h. um einen Rechtfertigungsgrund für das Angehen gegen die unbedingt abgegebene Erklärung. [67])

3. Die Lehre Manigks hinsichtlich des virtuellen Willens.

Bei Manigk ist es interessant zu sehen, wie seine Lehre an die Behandlung des vermutlichen Willens in der älteren Literatur anklingt. Bei der Lückenausfüllung läßt er „außerinhaltliche

---

[62]) Vgl. auch Titze a. a. O. S. 491, der den Begriff der WE. allzuweit faßt, wenn er sie erklärt als „ein Parteiverhalten, das uns darüber Aufschluß gibt, auf welche Rechtsfolgen normalerweise der Geschäftswille der betreffenden Partei gerichtet ist bezw. gerichtet sein würde, wenn diese auf bestimmte Punkte aufmerksam gemacht worden wäre."

[63]) Schuldverhältnisse 1899 S. 93.

[64]) A. a. O. S. 94.

[65]) Manigk S. 143.

[66]) Lenel AZP. 74 S. 226; vgl. auch RGZ. 90 S. 375. „Daß die behauptete Voraussetzung nur im Sinne einer stillschweigenden Vertragsbedingung von rechtlicher Erheblichkeit wäre, ist für das gegenwärtige Recht anerkannt (RG. 62 S. 267)."

[67]) Krückmann JW. 1927 S. 2460, 2844; AZP. NF. 11 S. 11.

Kräfte“ wirken. Folgerichtig spricht er daher dem vermutlichen Willen die Bezeichnung „Wille“ ab, da es sich bei dessen Feststellung nicht um die Erforschung des wirklichen Willens handele.[68]) Er kennt nur einen auf die Rechtsfolgen gerichteten Willen, „dessen Anwesenheit in der Erklärung erkennbar ist“.[69]) Den Ausdruck „Vertragsergänzung“ hält er für inhaltlich verfehlt: „die Erklärung hätte danach ihre eigenen Lücken zu füllen, was ein unheilbarer Widerspruch ist“.[70]) Er rührt hier unbewußt an das Virtuelle, geht jedoch nicht darauf ein, weil er nur einen aktuellen Willen kennt.

Manigk zeigt klar die Schwäche seiner Lehre, wenn er überall da, wo das Virtuelle mit Macht Berücksichtigung verlangt, zu der st. WE. seine Zuflucht nehmen muß. Er stellt dann etwas als stillschweigend erklärt hin, an das der Erklärende in Wirklichkeit gar nicht gedacht hat.[71]) Er dichtet etwas in die Erklärung hinein, was dem tatsächlichen psychologischen Vorgang nicht entspricht.[72]) Er benutzt in seiner Lehre nicht den Ausdruck „stillschweigende Bedingung“ sondern spricht von „stillschweigendem Erklärungsinhalt“. Seine Ausführungen[73]) sind aber so gehalten, daß Oertmann ihnen eine stillschweigende Geschäftsbedingung entnimmt.[74])

In dem Falle Gruch. 60 S. 653 ff., wo die Entscheidung selbst von „Lückenergänzung“ spricht, will Manigk mit einer „analogen Ausdehnung von Erklärungsbestandteilen“ helfen. Bei der Entscheidung RGZ. 80 S. 284 ff., nach der die Miete von Geschäftsräumen regelmäßig auch die entsprechende Außenwand des Hauses mitumfaßt läßt Manigk gleichfalls keine „Ergänzung“ gelten. Die Entscheidung sei auf die Verkehrssitte gegründet, also Auslegung. Dagegen redet er in dem Fall, wo der Vermieter unter Umständen nach Treu und Glauben an Konkurrenten nicht vermieten darf, von „Vertragsergänzung“. Warum? Die Berufung auf die Verkehrssitte im ersten, auf Treu und Glauben im letzten Falle kann eine solche Unterscheidung nicht rechtfertigen. Sagt Manigk doch selbst,[75]) daß die Verkehrsauffassung sich gemäß dem vermutlichen Parteiwillen bilde, und spricht er bei dessen Erforschung von „Lückenausfüllung“.

---

[68]) S. 166.
[69]) S. 167.
[70]) S. 176.
[71]) S. 133.
[72]) So auch Oertmann Geschäftsgrundlage S. 39.
[73]) Bes. S. 138, 268.
[74]) AZP. 117 S. 280.
[75]) S. 173.

Weiter kritisiert er [76]) die in Gruch. 55 S. 881 ff. mitgeteilte Entscheidung des RG.: Der beklagte Ehemann hatte zur Vermeidung des Konkurses der Klägerin und zwei anderen Gläubigern sein Warenlager und sonstige Aktiva überlassen. Aus den eingehenden Geldern sollten die Gläubiger befriedigt werden. Da auf diesem Wege die Klägerin nicht völlig befriedigt wurde, klagte sie den noch fehlenden Betrag ein.

Der Beklagte machte geltend, es sei Handelssitte, daß die Gläubiger in einem solchen Falle auf den Ausfall verzichten. Das Berufungsgericht nahm einen stillschweigenden Verzicht an, der jedoch vom RG. abgelehnt wurde.

Manigk gibt dem Berufungsrichter Recht, wenn eine derartige Handelssitte bestände. Aber selbst deren Vorliegen könnte nicht beweisen, daß die Parteien in diesem Sinne stillschweigend vereinbart hätten. Gegen den stillschweigenden Verzicht ist alles das zu sagen, was schon Walsmann [77]) dargelegt hat. Verzichte sind nicht zu vermuten, [78]) und liegen auch dann nicht vor, wenn den Parteien eine solche Abrede unterstellt wird. Daher verneint das RG. verständlicherweise die Existenz eines solchen Vertrags. „Willenstheoretische Uebertreibung" liegt hier durchaus nicht vor. Wenn Manigk „das nach allgemeiner Logik aus dem Erklärten Folgende" [79]) als in concreto stillschweigend miterklärt bezeichnet, so trifft dies nur dann zu, wenn eine aktuelle Vorstellung des Erklärenden nachweisbar ist. Da er aber den virtuellen Willen nicht gelten läßt, so stempelt er oft das objektiv Wünschenswerte einfach zum Erklärungsinhalt und verwechselt insofern den stillschweigend erklärten Willen mit dem virtuellen, der im positiven Sinne nichts anderes ist als die logische folgerichtige Fortentwicklung und Durchführung des Parteiwillens. [80])

Auch die Berücksichtigung der Voraussetzung, des Virtuellen im Sinne einer Gegenwirkung, lehnt Manigk ab, da sonst jede Grenze zwischen Inhalts- und Motivirrtum aufgehoben und die Beachtlichkeit dieses „latenten" Willens ins Uferlose führen würde. [81]) Er macht hiermit nur das geltend, was schon vor ihm die Gegner der Windscheidschen Voraussetzungslehre eingewendet haben. Er setzt nicht — technisch gesprochen — den Widerstand, die Hemmungsvorrichtung von Treu und Glauben

[76]) S. 223.
[77]) Der Verzicht 1912.
[78]) RGZ. 110 S. 133.
[79]) S. 268.
[80]) Vgl. Dernburg I S. 339: „Der Richter muß suchen, deren (der Parteien) bestimmende Gedanken zu entwickeln und durchzuführen."
[81]) S. 143.

ein. Hätte er bei der Abgrenzung des beachtlichen und unbeachtlichen „latenten" Willens diesen Regulator eingesetzt, so wäre seine Lehre nicht geschrieben, zumindest seine Einstellung gegenüber dem Virtuellen eine andere gewesen. Wie die Gegner der Windscheidschen Lehre, so greift auch er zur st. WE., wenn der virtuelle Wille nach Treu und Glauben zu beachten ist. [82]) Es bedarf keiner weiteren Darlegung, daß Manigk wegen der Ablehnung des Virtuellen aft in die Enge getrieben mit unzutreffenden Konstruktionen operiert, um nur seine Lehre aufrecht zu erhalten, die infolgedessen noch unverständlicher wirkt.

II. Stillschweigende Willenserklärung und virtueller Willensinhalt in der Rechtsprechung.

1. Der virtuelle Wille und die stillschweigende Willenserklärung.

RGZ. 65 S. 46: Der Tatbestand ist hier nur dürftig aus den Gründen der Entscheidung ersichtlich. Es handelt sich darum, ob bei einer in Schriftform gebrachten Bürgschaft die als Bürgin in Anspruch genommene Beklagte den Bürgschaftsvertrag nur unter der Voraussetzung abgeschlossen habe, daß dem Hauptschuldner ein weiterer Kredit von der Klägerin gewährt werde.

Das Landgericht wies die Klage ab. Es war der Ansicht, daß stillschweigend die Bedingung verabredet sei, daß das Moratorium für die Beklagte zustande komme. Das Oberlandesgericht läßt es dahingestellt sein, ob die Bedingung „ausdrücklich" gesetzt sei. Das RG. stellt fest, daß aus der Bürgschaftsurkunde ebensowenig eine stillschweigende wie eine ausdrückliche Bedingung der Bürgschaft zu entnehmen ist. Wohl könne aus den vorherigen Verhandlungen der Wille, daß für die Verbürgung jene Bedingung gesetzt sein soll, erkennbar geworden sein.

Der Bürgschaftsvertrag stellt sich äußerlich als unbedingt dar. Die Klägerin, die die Beklagte hieraus in Anspruch nimmt, ist nach dem prima facie Beweis im Recht, zumal grundsätzlich anzunehmen ist, daß eine Vertragsurkunde der richtige und vollständige Ausdruck des von den Parteien endgültig Gewollten sei. [83]) Das ist aber deswegen für den Richter kein Anlaß, sich nur an den formalen Wortlaut der Urkunde zu halten. Er muß

---

[82]) Vgl. auch Crome AZP. 115 S. 49, der die rechtserhebliche Voraussetzung als stillschweigend Selbstverständliches erklärt, das, weil es selbstverständlich ist, dem im Vertrag ausdrücklich erklärten, gleichsteht.

[83]) RGZ. 52 S. 23; 65 S. 46; 68 S. 15; 77 S. 405.

auch die Nebenabreden, die sog. „historisch kausale Geschäftsgrundlage“ [84]) berücksichtigen, wenn er ein vernünftiges Urteil verkünden und sich nicht dem Vorwurf aussetzen will, in übertriebenem Formalismus „Außenflächenjuristik“ zu betreiben. Es ist bezeichnend für beurkundete Rechtsgeschäfte, daß sie niemals etwas von ihrem virtuellen Vorbehalt sagen, der in diesen Fällen fast stets vorliegt.[85]) Die Beklagte hatte dargetan, daß sie ihre Bürgschaftserklärung nur zu dem Zweck abgegeben habe, um von der Klägerin ein Darlehn zu erhalten. Dieser mit der Erklärung bezweckte Erfolg war nicht eingetreten. Die Beklagte konnte den Vertrag mittels Kondiktion entkräften. Wäre dagegen eine stillschweigende Bedingung anzunehmen, dann mußte die K l ä g e r i n , wenn die Beklagte behauptete, daß der Vertrag unter einer aufschiebenden Bedingung abgeschlossen sei, die Unbedingtheit des Vertrages dartun, also beweisen, daß das Rechtsgeschäft den Tatbestand der von ihr beanspruchten Rechtsfolge bilde.[86]) Die Feststellung, ob eine stillschweigende Bedingung oder ein virtueller Vorbehalt vorliegt, ist daher sowohl für die Klägerin wie für die Beklagte von großer Bedeutung und wird für jeden Fall zu treffen sein, in dem sich das (auch formlose) Rechtsgeschäft äußerlich als unbedingt darstellt. Insoweit aber Literatur und Rechtsprechung den beachtlichen virtuellen Vorbehalt als stillschweigende aktuelle Bedingung hinnehmen, wird die Beweislast in diesen nicht selten vorkommenden Fällen unberechtigter Weise umgekehrt, eine Tatsache, die dringend mahnt, mit der herkömmlichen stillschweigenden Bedingung vorsichtig zu sein.

RGZ. 4 S. 66:

Ueberschrift: Ist der Anspruch auf Erfüllung des Versprechens eines Dritten (Nichtgesellschafters) zu Gunsten eines Teilhabers einer offenen Handelsgesellschaft ein sog. „verantwortliches Kapital“ der Gesellschaftskasse einzuschießen, durch den Fortbestand des Betriebes der Gesellschaft bedingt?

Das RG. ist der Auffassung, daß es nicht angehe, den Willen des Dritten bei einem solchen Versprechen in allen Fällen dahin aufzufassen, daß er sich zu dem Einschusse ohne Rücksicht darauf verpflichten wolle, ob die Gesellschaft fortbestehen oder bereits in Liquidation getreten sein werde. Vielmehr sei hier der Versprechende von der Voraussetzung ausgegangen, daß zur Zeit der Erfüllung des Versprechens der Betrieb der Gesellschaft noch fortdauere. Den Betrieb der Gesell-

[84]) Krückmann Jher. Jahrb. 75 S. 38 ff.
[85]) Krückmann AZP. NF. 8 S. 180, 196; NF. 11 S. 47.
[86]) RGZ. 18 S. 159; 68 S. 317; JW. 19 S. 304.

schaft aufrecht zu erhalten, sei Zweck des Versprechens gewesen. Da sich die Gesellschaft aber zur Zeit der Geltendmachung ihrer Forderung in Liquidation befinde, so sei das Versprechen als durch den Wegfall der für die Gesellschaft erkennbaren Voraussetzung hinfällig geworden zu betrachten.

Diese ältere aus dem Jahre 1881 stammende Entscheidung verwertet die Voraussetzung in der Form einer stillschweigenden Bedingung.[87]) Die über der Entscheidung stehende Frage spricht von einer Bedingtheit des Anspruchs durch den Fortbestand des Betriebes, und die im letzten Satze der Begründung enthaltenen Ausführungen bezeichnen die Wirkungen des Nichteintritts einer Bedingung. Die Kritik Lenels[88]) (der in gewissen Fällen eine stillschweigende Bedingung annimmt) gegenüber der Windscheidschen Voraussetzungslehre war noch nicht geschrieben. Das RG. hätte sonst sicherlich den Ausdruck „stillschweigende Bedingung" in seinem Urteile gebraucht, wie es das neun Jahre später getan hat,[89]) indem es den Satz aufstellte: eine von den Kontrahenten stillschweigend als Beschränkung ihres Willens erklärte Voraussetzung ist Bedingung. Die vorliegende Entscheidung zeigt, welche Folgen die Windscheidsche Definition von der Voraussetzung als einer „unentwickelten Bedingung" nach sich gezogen hat.

RGZ. 60 S. 56 = DJZ. 10 S. 410:

Die Beklagte, eine englische Feuerversicherungsgesellschaft (A. G.), hatte mit den Klägern Versicherungsverträge auf längere Jahre abgeschlossen. Die Versicherungsgesellschaft vereinigte sich mit einer anderen englischen Gesellschaft. Die Kläger verweigerten Zahlung der Prämien für mehrere Jahre, weil sie sich an die Versicherungsverträge nicht mehr für gebunden erachteten, da die ursprüngliche Gesellschaft nach Uebertragung ihres Vermögens nur noch ein Scheindasein führe und daher zur Einziehung der Prämien nicht mehr befugt sei. Das RG. half mit einem stillschweigend abgeschlossenen Nebenvertrag: „Es verhält sich ähnlich wie mit der Kreditzusage, die unter der stillschweigenden Bedingung unveränderter Kreditwürdigkeit des anderen Teils steht, ROHG. 23, 137; § 610 BGB. Wer in dem Rufe einer bestimmten Gesellschaft, in deren Vermögen sowie in der Kundschaft und der dadurch herbeigeführten Verteilung der Gefahr auf eine große Anzahl von Personen Sicherung gegen drohende Nachteile sieht, schließt den Vertrag in der auch dem

[87]) So auch das in RGZ. 19 S. 260 ff. bezeichnete Oberlandesgericht.
[88]) A. a. O. 1889.
[89]) RGZ. 24 S. 171.

Versicherer nicht verborgenen Annahme ab, daß die durch jene Umstände gewährleistete Sicherung auch ferner andauern solle und nicht durch das Verhalten des Gegners geschmälert werde. In der Natur des Versicherungsgeschäfts liegt es, daß es vom Versicherten aufgelöst werden kann, wenn der Versicherer unsicher wird."

Die nicht umzubringende clausula rebus sie stantibus [90]) hat sich in dieser Entscheidung in dem Gewande der stillschweigenden Verabredung Geltung verschafft. [91]) Da unser oberster Gerichtshof die clausula nicht als allgemeinen Grundsatz anerkennen will, [92]) muß die Rechtsfigur der st. WE. herhalten, die in solchen Fällen völlig verfehlt ist. Sie bedeutet nichts anderes, als daß die Parteien beim Eingehen des Versicherungsvertrages stillschweigend davon ausgegangen sind, daß der Versicherer dann nicht mehr an den Vertrag gebunden sei, wenn hinsichtlich der Verhältnisse, deren Fortbestand beide Teile als wesentlich angesehen haben, eine erhebliche Aenderung eintritt. Eine derartige Parteivereinbarung ist psychologisch unbegründet. Gerade bei der clausula ist es typisch, daß hier die Parteien „an gar nichts, aber auch gar nichts denken, daß sie vielmehr überrascht sind, wenn es anders kommt, als sie sich gedacht haben." [93]) Es handelt sich vielmehr um die beachtliche Ungewißheit der Leistung, insofern der ursprüngliche Schuldner nach Uebertragung seines Vermögens ein Scheindasein führt, und anderseits der Gläubiger sich nicht einen anderen Schuldner aufzudrängen lassen braucht. Diese Umstände rechtfertigen die Loslösung des Gläubigers vom Vertrage, sie entsprechen aber auch dem virtuellen Willen, der nach Treu und Glauben zu berücksichtigen ist.

J. W. 1916 S. 1184:

Deutsche Versicherungsnehmer traten nach Kriegsausbruch von den Versicherungsverträgen zurück. Die Klage der Gesellschaft dahin, daß die Verträge noch zu Recht beständen, wurde vom Kammergericht abgewiesen. Die Revision der Klägerin ist zurückgewiesen worden. Das RG. führt hierzu in den Gründen aus:

---

[90]) Krückmann in: die Reichsgerichtspraxis im Deutschen Rechtsleben 1929 Bd. III S. 111.

[91]) Vgl. auch Cohen JW. 1916 S. 109 ff.

[92]) RGZ. 99 S. 258.

[93]) Krückmann AZP 116 S. 210; vgl. auch Leonhard Fr. Schuldrecht S. 417; dagegen Oertmann Vertragsgrundlage S. 37; Locher AZPNF 1 S. 16 Anm. 44.

„Nach deutschem Rechte ist allerdings privatrechtlichen Verträgen die sogenannte clausula rebus sic stantibus nicht allgemein als stillschweigend innewohnend anzuerkennen. Immer aber bleibt zu prüfen, ob nicht im Wege der Auslegung der Vertragserklärungen und gegebenenfalls auch im Wege ergänzender Auslegung, auf Grund der §§ 133, 157 BGB., sei es nun nach der Natur und dem Zwecke des gerade in Rede stehenden Einzelvertrags, sei es nach Natur und Zweck der ganzen Vertragsgattung, der er angehört, es als Sinn des Rechtsverhältnisses festgestellt werden muß, daß wegen veränderter Umstände das Recht, sich einseitig von dem Vertrage loszusagen, eintreten solle. Das wird dann der Fall sein, wenn mit Hilfe jener Auslegung der Wille, nur bei Fortbestand gewisser für das Vertragsverhältnis bedeutsamer Umstände an den Vertrag gebunden zu bleiben, als beim Vertragsabschluß erkennbar für den anderen Teil vorhanden gewesen anzunehmen ist. Gerade für Versicherungen bei einer auf den planmäßigen Großbetrieb gerichteten Versicherungsgesellschaft hat das RG. in dem Urteil RGZ. 60, 56 das erwähnte Recht dem Versicherungsnehmer wegen der damals festgestellten Veränderung der Umstände zuerkannt (vgl. übrigens für andersartige Fälle auch RGZ. 65, 188 ferner J. W. 1914, 296 und Urteil vom 18. November 1915 V 247/15). An der in dem Urteile RGZ. 60, 56 dargelegten Auffassung muß grundsätzlich festgehalten werden".

Auch diese, die Unterstellung einer stillschweigenden Vereinbarung enthaltende Entscheidung ist ein Anwendungsfall der clausula rebus sic stantibus. Wie im vorhergehenden Falle so ist auch hier die beachtliche Ungewißheit hinsichtlich der Schuldnerleistung, die Gefährdung des Vertragszweckes, der Rechtfertigungsgrund für die fristlose Kündigung der Versicherten; zugleich aber hat die Partei das Recht, sich auf ihren virtuellen Gegenwillen zu berufen.

DJZ. 1916 S. 355:

Das Landgericht Flensburg hat das Bestehen einer sog. Badesaison zum Vertragsinhalt erhoben. Daß auch bei dieser Entscheidung die Furcht vor dem Ausdruck clausula dem Gericht die Fiktion der stillschweigenden Vertragsabrede nahelegte, ist ersichtlich. Schon vorher hatte die Literatur den Rat gegeben, in derartigen Fällen mit der st. WE. zu helfen. So nimmt z. B. Hasse [94]) an, daß an einem Badeort der Mietvertrag unter der selbstverständlichen Bedingung geschlossen worden sei, an dem Orte Bäder nehmen zu können. Er sieht die richtige Lösung, nicht aber den theoretischen Gesichtspunkt.

[94]) DJZ. 1914 S. 1108.

JW. 1902 S. 80:

„Der Beklagte war von dem Bierlieferungsvertrag zurückgetreten, weil das Bier trotz wiederholter Beanstandung April 1900 hindurch und dann wieder im letzen Drittel des Monats Mai desselben Jahres schlecht, ja gesundheitsgefährlich, jedenfalls nicht zum Wirtschaftsbetriebe geeignet gewesen sei. Das Landgericht hält den Rücktritt für gerechtfertigt, das Oberlandesgericht lehnt ihn ab und das RG. hilft mit — einem stillschweigenden Vertrage, wie immer, wenn ein bewährter, aber nicht anerkannter oder ein neu auftauchender Grundsatz sich geltend macht und die zutreffende rechtliche Begründung fehlt. Die Annahme des sog. stillschweigenden Vertrags versucht es durch zwei nicht gerade kurze Sätze zu rechtfertigen:

„Denn im vorliegenden Vertrage ist das Wesentliche die Verpflichtung der Beklagten, auf Jahre hinaus alles Bier nur vom Kläger zu beziehen, womit sein ganzes wirtschaftliches Fortkommen von der ordnungsmäßigen Vertragserfüllung seitens der Gegenseite, der Lieferung guten Bieres, abhängig gemacht ist, und dazu kommt, daß im Gegensatz zu anderen sukzessiven Lieferungskäufen eine einmal erfolgte schlechte Lieferung durch eine nachträgliche gute Lieferung nicht wieder gut gemacht werden kann, weil jede einzelne schlechte Lieferung einmal für die Zeit, in welcher der Wirt auf sie angewiesen ist, einen ordnungsmäßigen erfolgreichen Wirtschaftsbetrieb unwiederbringlich ausschließt, sodann denselben aber auch durch die Einwirkung auf die Kundschaft dauernd zu schädigen geeignet ist. Unter solchen Umständen liegt in der Lieferung schlechten Bieres überhaupt eine Nichterfüllung der Vertragspflichten des Brauereibesitzers, und es muß daher, wie auch bereits das Landgericht zutreffend angenommen, aus dem Wesen des hier vorliegenden Geschäfts geschlossen werden, daß es unter der selbstverständlichen stillschweigenden Bedingung steht, daß der Verkäufer fortgesetzt kaufmannsgutes Bier liefert und der Käufer bei Nichteinhaltung dieser Bedingung an den Vertrag nicht mehr gebunden ist".

Das RG. hat sich der bekannten Fiktion [95]) bedient, weil es einerseits unbillige Härten vermeiden wollte, andererseits die positive Vertragsverletzung noch nicht kannte. Mit deren wissenschaftlicher Erfassung war für die st. WE. in solchen Fällen kein Platz mehr. Sie hatte ihre Schuldigkeit getan. In Wirklichkeit gehört die vorstehende Entscheidung gleichfalls unter die clausula. Nicht um Leistungsunmöglichkeit handelt es sich sondern um die beachtliche Ungewißheit: wer wiederholt schlechtes

[95]) Vgl. auch Boyens S. 190, 191.

Bier liefert, dem ist auch zuzumuten, daß er fernerhin vertragswidrig leistet. [96])

Recht 1920 Nr. 2364:

„Ob auf eine Stundung eines bereits gegebenen Darlehns oder Kredits der § 610 BGB. unmittelbare Anwendung findet (vgl. RGR. Komm. zu § 610 Erl. 4), kann dahingestellt bleiben. Denn die Berücksichtigung einer Aenderung der Vermögensverhältnisse des Schuldners ist nicht durchaus auf die Fälle der §§ 610, 321 BGB. beschränkt. Zwar sagen die Motive zum I. Entwurf eines BGB. (2, 199), der Entwurf lasse den Rücktritt von einem Vertrage wegen veränderter Umstände — clausula rebus sic stantibus — nur in einem Falle, dem des jetzigen § 610 zu (wozu denn später noch der Fall des § 321 hinzutrat), aber sie fügen, (wie schon in RG. 50, 257 hervorgehoben ist) zugleich hinzu, es werde in jedem Einzelfalle weiter zu prüfen sein, ob nicht nach der Absicht der Parteien der Rücktritt wegen veränderter Umstände der einen oder andern Partei zustehen soll (vgl. RGZ. 50, 255; 60, 56; 62, 267; JW. 1905, 168 [5]). Insbesondere legt die besondere Natur des Stundungsvertrages, sofern dabei der Gläubiger ohne Entgelt und lediglich aus Entgegenkommen gegen den Schuldner ihm eine weitere Frist zur Abtragung einer bereits fälligen Verbindlichkeit gewährt, die Annahme nahe, daß der Gläubiger sich hierzu nur im Vertrauen auf Besserung oder zum mindesten Nichtverschlechterung der Vermögensverhältnisse des Schuldners verstanden, und daß der Schuldner dies erkannt hat, oder doch nach Maßgabe der Verkehrssitte unter Berücksichtigung von Treu und Glauben hätte erkennen müssen".

Der im Ergebnis richtig entschiedene Fall ist auch hier mit der stillschweigenden Vertragsabrede bedründet. Das RG. ver-

[96]) Vgl. hierzu auch OLG. 4 S. 206: „Verpflichtet sich ein Wirt, seinen gesamten Bedarf an Bier bei Vermeidung einer Konventionalstrafe aus einer bestimmten Brauerei zu beziehen, so erfordern Treu und Glauben eine solche Auslegung des Vertrags, daß danach die Lieferung von ordnungsmäßigem und preiswertem Biere als stillschweigend gewollte Verpflichtung des Brauers anzusehen ist." Insoweit die Lieferung von einwandfreiem Bier als Vertragspflicht des Brauers erklärt wird, sagt das OLG. etwas selbstverständliches: wer sich verpflichtet Bier zu liefern, muß gute Ware anbieten. Jedoch verkennt das OLG. mit der Annahme, daß der Wirt nur unter dieser Bedingung den Vertrag geschlossen hat, er also bei der ersten Lieferung schlechten Bieres an den Vertrag nicht mehr gebunden ist, die wahre Rechtslage. Der Vertrag ist unbedingt abgeschlossen. Auch ein dahingehender virtueller Vorbehalt des Wirtes vermag nicht, ihn vom Vertrage zu befreien, da ein solcher Wille im Falle der ersten Schlechtleistung nach Treu und Glauben unbeachtlich ist. Er kann dann lediglich mit den im Gesetz vorgesehenen Gewährschaftsansprüchen gegen den Brauer vorgehen, vgl. hierzu die Ausführungen S. 39.

wirft die clausula, die die zutreffende theoretische Begründung des Erkenntnisses bildet, und hilft, wie überall da, wo ein auftauchendes praktisches Bedürfnis zu befriedigen ist und das Gesetz scheinbar eine Lücke gelassen hat, gegenüber den Schwierigkeiten der Rechtsfrage mit bequemlicher Behandlung der Tatfrage.

Die Parteien haben an das Weiterbestehen der Verhältnisse, d. h. die Fortdauer eines gleichmäßigen Schuldenstandes, nicht gedacht. Der Gläubiger stundete die Leistung in der selbstverständlichen und dem anderen Teile erkennbaren Voraussetzung, daß dieser zur Leistung imstande und ihm die Gegenleistung erhalten bleibe.[97]) Ergibt sich für den Gläubiger die Gefahr, daß er für seine Leistung keine Gegenleistung erhalten werde, so ist er zur fristlosen Kündigung berechtigt.[98])

Recht 1901 S. 354:

Auch ein auf bestimmte Zeit abgeschlossener Lieferungsvertrag kann vor Ablauf der Zeit einseitig aufgelöst werden, wenn der Geschäftsverkehr nicht den stillschweigend vorausgesetzten Erwartungen entspricht.

„Es hieße der Klägerin einen vom Standpunkt des Kaufmanns unverständlichen Vertragswillen beimessen, wollte man

---

[97]) Vgl. die auf dem Boden des gemeinen Rechts stehende Entscheidung des ROHG. 23 S. 137, das dort annimmt, daß „es bei einem jeden nicht sofort zur Erfüllung gelangenden Kreditgeschäfte eine selbstverständliche Voraussetzung wirksam bleibender Verbindlichkeit des Promittenten sei, daß nicht, bevor die Kreditzusage zur Ausführung gelangt, Umstände in Betreff der Vermögensstellung des Promissars bekannt werden, welche diesen als so unsicher und die Gewährung des zugesagten Kredites als so gefährdet erscheinen lassen, daß mit Bestimmtheit angenommen werden darf, der Promittent würde, wenn ihm diese Lage des Kontrahenten schon bei dem Geschäftsabschlusse bekannt gewesen wäre, sich zu diesem nicht verstanden haben." So auch OLG. Hamburg in ZHR. 40 S. 483.

[98]) Vgl. einen ähnlichen Fall in JW. 05 S. 168: die Beklagte hat Verletzung des § 157 BGB. gerügt und geltend gemacht, daß sie unter den obwaltenden Umständen — nachdem nämlich ihr Schuldner flüchtig geworden und dessen Mobilar auf Betreiben seines Bruders versteigert worden sei — berechtigt gewesen sei, zur Zwangsvollstreckung zu schreiten, da die von ihr bewilligte Stundung nur unter der selbstverständlichen Voraussetzung gewährt worden sei, daß der Schuldner bereit und imstande sein würde, seine Schuldverbindlichkeit zur bestimmten Zeit zu erfüllen. Diese Rüge hat zur Aufhebung des angefochtenen Urteils geführt. Das RG. hat das Berufungsgericht zur Prüfung der Frage veranlaßt, ob nicht die Stundung zur Voraussetzung gehabt habe, daß die Befriedigung der Beklagten nicht gefährdet werde.

Die zu Recht 1920 Nr. 2364 angeführten Bemerkungen treffen auch hinsichtlich des Darlehnsvertrages bei Verschlechterung der Vermögenslage des Schuldners zu. Die Praxis hat hier nicht selten mit einer dem Vertrage „stillschweigend innewohnenden clausula rebus sic stantibus" geholfen, vgl. u. a. Recht 1902 Nr. 1124 S. 235.

annehmen, sie habe sich für den Fall unverbrüchlich an das mit der Beklagten getroffene Abkommen binden wollen, daß der Geschäftsverkehr zwischen den Parteien in einer Beschränkung sich entwickelte, die ihr dessen Fortsetzung nicht mehr als begehrenswert erscheinen ließ. Dem Zwecke des Vertrages wird man vielmehr nur dann gerecht, wenn man davon ausgeht, daß die Klägerin für diesen Fall befugt sein wollte, das Vertragsverhältnis zu lösen, eine Willensmeinung, die sich auch für die Beklagte klar aus den Umständen ergab und daher als von ihr gebilligt gelten muß".

Aus der in Abkürzung mitgeteilten Entscheidung ist zu entnehmen, daß das Oberlandesgericht Dresden über die Frage zu entscheiden hatte, wann für den einen Vertragsteil die einseitige Lösung des Vertragsverhältnisses wegen Veränderung der Verhältnisse gerechtfertigt ist. Die Entscheidung beruht insofern auf einer Verkennung des Wesens der clausula, als ein Vertrag nicht einseitig von der einen Partei fristlos gekündigt werden kann, wenn ihr dessen Fortsetzung nicht mehr begehrenswert erscheint, da sonst die Gefahr bestände, daß sehr viele Parteien sich zum Zweck der Aufhebung der ihnen unbequem gewordenen Vertragsverhältnisse auf die clausula berufen würden. Wann jedoch die Verhältnisse eine so erhebliche Aenderung erfahren haben, daß dem Gläubiger nicht zumutbar ist, den Vertrag auszuhalten, ist quaestio facti. Ist der Schuldner leistungsfähig oder ist mit der zu befürchtenden Schlechtleistung des Schuldners kein besonderer Schaden verbunden, so muß der Gläubiger sich ein Mehr an Beschwerlichkeit gefallen lassen; ist umgekehrt der Schuldner zahlungsunsicher oder mit der zu befürchtenden Schlechtleistung die Gefahr eines allzugroßen Schadens gegeben, so ist im Interesse des Gläubigers hierauf Rücksicht zu nehmen.

LZ. 1923 S. 386:

Um die Frau zur Rückkehr zu veranlassen, übertrug der Ehemann ihr seinen Grundbesitz unter Vorbehalt der lebenslänglichen Nutzung und Verwaltung. Da die Frau nicht zurückkehrte, schenkte er ihr auch noch sein Vieh, landwirtschaftliches Gerät und 1500 M. Die Grundstücke sind umgeschrieben, die Fahrnis nicht übergeben, die Frau klagte auf Herausgabe. Der Beklagte verweigerte diese und klagte auf Rückübertragung der Grundstücke. Die Frau machte geltend, es handle sich um einen unbeachtlichen Beweggrund. Das RG. stellt fest, daß der Kläger seinen Zweck erkennbar ausgedrückt habe. Die Parteien seien wenigstens stillschweigend einig gewesen, daß der Zweck einen

wesentlichen Teil des Rechtsgeschäfts bilden, d. h. daß der Bestand des Geschäfts von seiner Erreichung abhängig sein solle.

Damit nimmt das RG. viel zu weit gehend eine echte Bedingung an. Eine solche erfordert aber mit psychologischer Notwendigkeit die Vorstellung des Mannes von der Ungewißheit der Rückkehr der Frau, während im vorliegenden Falle umgekehrt die Vorstellung von ihrer Gewißheit den Mann von der Setzung einer Bedingung abgehalten hat. In Wahrheit geht es auch darum, daß der Vorbehalt, die Zwecksetzung des Mannes nach Treu und Glauben beachtet werden muß. Hat er doch seinen Zweck ebenso erkennbar gemacht, wenn er — um das Beispiel Krückmanns [99]) anzuführen — der Frau einen Pelzkragen schenkt! Hier ist sein Vorbehalt nicht zu berücksichtigen; es ist ihm nicht zu helfen. Gegenstände von solchen Werte muß er eben einbüßen.

Recht 1928 Nr. 1807:

„Die Klägerin, eine Privattelephongesellschaft, hatte an den Beklagten eine Fernsprechanlage für dessen Hausgrundstück langfristig vermietet. Nachdem der Beklagte Unterhandlungen über den Verkauf seines Hauses eingeleitet hatte, sagte die Klägerin ihm zu, ihn aus diesem Vertrage zu entlassen, wenn der Erwerber des Hauses (als „Nachbesitzer") in den Vertrag eintrete. Nach Abschluß des Veräußerungsvertrags legte der Beklagte der Klägerin ein Schriftstück des Erwerbers vor, wonach dieser in den Vertrag eintrat. Die Klägerin hat den Beklagten aus dem Vertrag entlassen. Der Veräußerungsvertrag hat aber nicht dazu geführt, daß der Erwerber als Eigentümer des Hausgrundstückes im Grundbuch eingetragen wurde, vielmehr zerschlug sich hinterher der Veräußerungsvertrag. Die Klägerin vertritt die Meinung, daß der Beklagte nun wieder Mieter der Fernsprechanlage geblieben sei."

Während der Berufungsrichter die Klage abgewiesen hat, weil die Klägerin den Beklagten vorbehaltlos entlassen habe, hat das RG. unter Aufhebung des Berufungsurteils das Berufungsgericht zur Prüfung der Frage veranlaßt, ob nicht im Sinne der Klägerin die von dieser gesetzte Bedingung auch den Fall mitumfassen sollte, daß der Erwerber wirklich das Eigentum an dem Grundstück erlangte.

Das Berufungsgericht hat richtig gesehen, daß die Klägerin den Beklagten nicht unter der stillschweigend gesetzten Bedingung, daß der Erwerber Eigentum des Grundstücks werde, aus

[99]) AZP. NF. 11 S. 29 Anm. 62.

dem Mietvertrag entlassen hat. Nachdem der Veräußerungsvertrag geschlossen und der Klägerin die Vertragsurkunde über den Eintritt des Erwerbers in den Mietvertrag vorgelegt war, zweifelte sie nicht daran, daß der Veräußerungsvertrag zur Eintragung des Erwerbers als Grundstückseigentümers im Grundbuch führen würde. Sie gab vielmehr gerade in dieser Voraussetzung den Beklagten frei. Diesem nach Treu und Glauben beachtlichen virtuellen Vorbehalt der Klägerin hat das Berufungsgericht — offenbar im Anschluß an die Lehre des RG. von der Voraussetzung [100]) — zu Unrecht keine Geltung verschafft. Das RG., das infolge seiner Stellungnahme zu der Voraussetzung einen virtuellen Vorbehalt in der Form der Voraussetzung nicht anerkennt, andererseits die rechtspolitisch nicht begründete Entscheidung des Berufungsgerichts nicht bestehen lassen will, sucht mit der Fiktion der st. WE. zu helfen.

2. Die entgegen dem virtuellen Willen aus dem Vertrage kraft Treu und Glauben gezogenen Folgerungen und die stillschweigende Willenserklärung.

Recht 1909 Nr. 1652:

„Bei einer Geschäftsübertragung liegt die Uebernahme einer Verpflichtung dem Käufer keine Konkurrenz zu machen, dem Verkäufer an und für sich nicht ob; sie kann jedoch als eine Nebenverpflichtung aus dem Kaufvertrage kraft ausdrücklicher und stillschweigender Vereinbarung damit verbunden werden (vgl. Recht 08, Nr. 1750). Insbesondere kann auch bei Verneinung eines allgemeinen Konkurrenzverbotes nach Lage des Einzelfalles, z. B. Verkauf eines Speditionsgeschäftes, doch ein, und zwar zeitlich unbegrenztes Konkurrenzverbot bezüglich einer bestimmten Kundschaft als eine Forderung von Treu und Glauben angenommen werden".

Die sog. stillschweigenden Konkurrenzverbote sind nicht auf eine stillschweigende Vereinbarung dahin zurückzuführen, daß die eine Vertragspartei nichts unternehmen darf, was geeignet ist, den Zweck des Vertrages zu vernichten oder zu gefährden. Die Parteien haben diesen Punkt nicht bedacht und ihn deshalb nicht zum Gegenstand des Vertrages gemacht. [101]) Einer besonderen Abrede bedarf es auch nicht. Der Verkäufer muß sich vielmehr, mag er sogar aktuell oder virtuell anders gewollt haben, so behandeln lassen, wie wenn er sich gebunden hätte,

---

[100]) RGZ. 62 S. 267.

[101]) Oertmann Rechtsordnung S. 216 führt die Wirksamkeit des Konkurrenzverbotes auf eine „Willensergänzung" zurück.

eine derartige Konkurrenz zu unterlassen. Diese Verpflichtung ergibt sich aus dem Vertrage kraft Treu und Glauben, da sonst der Verkäufer im Falle der Eröffnung des Konkurrenzbetriebes die Kundschaft des übertragenen Geschäftes an sich zöge und auf der anderen Seite der Käufer kein vertragsmäßiges Aequivalent für den gezahlten Kaufpreis erhalten würde.

OLG. 12 S. 255:

„Der Beklagte hat von der Klägerin eine Gastwirtschaft gekauft. Nach der Abgabe des verkauften Betriebes eröffnete die Klägerin in unmittelbarer Nachbarschaft eine Wirtschaft. Auf Zahlung des Kaufpreises verklagt, machte der Beklagte einen entsprechenden Abzug vom Kaufgelde geltend, da er durch die vertragswidrige Eröffnung des Konkurrenzbetriebes geschädigt sei.

Das Oberlandesgericht Hamburg bezeichnet es als Vertragspflicht des Verkäufers, daß er auch ohne ausdrückliches Versprechen unterläßt, seinem Käufer eine den verkauften Betrieb unmittelbar schädigende Konkurrenz zu machen. Auf diese im Ergebnis nicht zu beanstandende Entscheidung trifft das zu dem vorhergehenden Fall Gesagte zu. Unter die Bezeichnung „stillschweigende Vereinbarung", wenn darunter etwas aktuell gewolltes verstanden wird, durfte dieser Fall nicht gebracht werden. Die Parteien hatten es nicht nötig, an den strittigen Punkt zu denken. Der Vertrag dachte für sie, seine praktische Vernunft lieferte die richtige Begründung und Entscheidung.

LZ. 1915 S. 568: (abgekürzte Entscheidung)

„Die Einbringung eines Geschäfts in eine Gesellschaft kann zugleich die stillschweigende Eingehung eines Wettbewerbsverbots enthalten.

Aus den Gründen: der Klägerin ist zuzugeben, daß wie der Verkauf, so auch die Einlegung eines Geschäfts die stillschweigende Vereinbarung eines Konkurrenzverbots enthalten kann (Staub Anm. 33 zu § 22 HGB.) Soweit schon aus der Tatsache der Einlegung eines Geschäfts unter Berücksichtigung der sonstigen Umstände nach Treu und Glauen ein Konkurrenzverbot abzuleiten ist, steht einer solchen Auslegung auch der Umstand nicht entgegen, daß der Gesellschaftsvertrag der notariellen Beurkundung bedarf; denn in einem solchen Falle ist schon durch die Beurkundung der Einlegung des Geschäfts der Wille der Parteien, wenn auch unvollkommen, in der Urkunde zum Ausdruck gekommen; der Auslegung sind auch formbedürftige Erklärungen zugänglich (JW. 1910, 11,[7]); 1914, 250[12]).

Allerdings muß bei formbedürftigen Geschäften die ergänzende Auslegung mit besonderer Vorsicht gehandhabt werden. Im gegebenen Falle liegt in der Einlegung des Geschäftes mit der Firma gegen Gewährung von Geschäftsanteilen in Höhe von 75 000 ℳ unzweifelhaft die stillschweigende Zusicherung, daß die — noch dazu als Geschäftsführer bestellten Brüder Sch. nicht alsbald ihrerseits ein Konkurrenzgeschäft eröffnen. Dagegen kann ein Konkurrenzverbot von unbeschränkter Dauer und insbesondere für den Fall eines späteren Ausscheidens der Brüder Sch. nicht als vereinbart erachtet werden. Wäre beim Abschluß des Gesellschaftsvertrages diese Frage des Konkurrenzverbotes erörtert worden, so würden sich die Brüder Sch. deren Stärke in der Durchführung von Lotterien liegt, wohl entschieden gegen die Zumutung gewehrt haben, daß sie auch im Falle des Ausscheidens für immer auf die ihren Fähigkeiten entsprechende Erwerbsquelle verzichten sollten. . . ."

In diesem im praktischen Ergebnis zutreffend entschiedenen Vertrag ist gleichfalls ein besonderer Nebenvertrag nicht enthalten, wenn auch das erkennende Gericht „unzweifelhaft" einen solchen annimmt. Muß es doch einige Sätze später feststellen, daß die Frage des Konkurrenzverbotes bei Abschluß des Gesellschaftsvertrages nicht zur Erörterung gelangt ist. Die Tatsache, daß der Gesellschafter zunächst für eine gewisse Zeit gehalten ist, der Gesellschaft gegenüber kein Konkurrenzgeschäft zu betreiben, folgt auch hier aus dem Wesen des abgeschlossenen Vertrages als eines Austauschgeschäftes: die Gesellschaft würde sonst für ihre Leistung den ihr zustehenden vertragsmäßigen Gegenwert nicht erhalten. Die Wirksamkeit des Konkurrenzverbotes in erwähntem Umfang folgt nicht aus einem besonderen Nebenvertrag sondern aus dem virtuellen Parteiwillen d. h. aus dem Willen, den ein billig und gerecht denkender Mann in der gleichen Lage gehabt haben würde. Diesen Willen muß der Gesellschafter nach Treu und Glauben gegen sich gelten lassen, auch wenn er an sich nicht so gewollt haben würde. Damit kommen wir nun in das Gebiet der Fiktion, aber einer durch Treu und Glauben vorgeschriebenen Fiktion.

RGZ. 77 S. 317.

Diese umfangreiche und in der Lehre von der echten und unechten Solidarität zitierte Entscheidung enthält auch für unser Thema beachtenswerte Ausführungen. So sagt dort [102]) das

[102]) S. 320.

RG.: „Wird jemand beauftragt, im eigenen Namen, aber für Rechnung des Auftraggebers einen Frachtvertrag zu schließen, für den gewisse Einschränkungen der gesetzlichen Frachtführerhaftung herkömmlich sind, so liegt es nahe, solche Bestimmungen als durch den Auftrag im voraus gebilligt anzusehen. Den Frachtvertrag, so wie er geschlossen zu werden pflegt, will auch der Auftraggeber, und damit würde es sich nicht vertragen, wollte er sich vorbehalten, in eigener Person als Ladungseigentümer weitergehende Ansprüche gegen den künftigen Frachtführer zu verfolgen. Nach Treu und Glauben ausgelegt, enthält der Speditionsauftrag einen zugunsten des Frachtführers vereinbarten Verzicht. Daß der Frachtführer den Verzicht dem Eigentümer (Versender) entgegenhalten kann, findet in dem Grundgedanken des § 328 BGB. seine Rechtfertigung."

Der Ausdruck „Nach Treu und Glauben" . . . zeigt deutlich, daß der „stillschweigende Verzicht" eine Verlegenheitskonstruktion ist. Bei Abschluß des Speditionsvertrages denkt der Eigentümer nicht an gewisse Einschränkungen der gesetzlichen Frachtführerhaftung. Im Gegenteil, er will durch den Spediteur den Frachtvertrag unter günstigen Bedingungen abschließen. Freilich ist er gehalten. die herkömmlichen Einschränkungen der Frachtführerhaftung gegen sich gelten zu lassen, auch wenn er sie nicht gewollt hat. Entgegen seinem aktuellen und virtuellen Willen ergibt sich für ihn diese Verpflichtung auf Grund der aus seiner Erklärung gezogenen immanenten Folgerungen kraft Treu und Glauben.

OLG. 22 S. 292:

„Der vom Kläger über die Aufnahme seiner Frau mit dem beklagten Hospital abgeschlossene Vertrag stellt sich als Dienstvertrag dar, da er nicht die Hervorbringung eines Werkes, einer Heilung, bezweckte, sondern auf Gewährung einer Reihe von Einzelleistungen gerichtet ist (J. W. 1888 S. 25 [62]). Der Kläger sieht den Verstoß der Beklagten darin, daß sie die Kranke nicht bewacht habe. Allerdings besteht eine besondere Bewachungspflicht nicht bei einem gewöhnlichen Hospital. Allein die Annahme des LG., daß sie ausdrücklich im Vertrag übernommen sein müsse, ist unzutreffend. Es mag dahingestellt bleiben, ob das Hospital oder die mit der Pflege beauftragten Schwestern schon bei der Aufnahme der Kranken den Charakter der Krankheit als Selbstmordmanie kannten. Jedenfalls aber mußten sie sich darüber klar sein, als die Kranke an einem Tage dreimal versucht hatte, aus dem Fenster zu springen. . . . Von diesem Augenblick an war das Hospital verpflichtet, alles, was zur Erhaltung der körperlichen Sicherheit der ihr anver-

trauten Kranken diente, zu beachten; denn von da an war der ursprüngliche Vertrag stillschweigend in einen solchen auf Verpflegung und Bewachung einer Geisteskranken ausgedehnt. . ."

Die zur Begründung der Entscheidung des Oberlandgerichts konstruierte „stillschweigende Vortragsausdehnung ist offensichtlich abwegig. Zumindest war dem Kläger die Krankheit seiner Ehefrau unbekannt, da er sie sonst nicht in einem Hospital sondern in einer Irrenanstalt untergebracht hätte. Nach dem Wesen und Zweck des Aufnahmevertrages war die Beklagte nicht nur zur Verpflegung und Erhaltung der körperlichen Sicherheit, sondern auch unter Umständen zur Bewachung der ihr anvertrauten Kranken verpflichtet. Soweit die dadurch gestellten Anforderungen über das Maß der übernommenen Pflichten hinausgingen, durfte die Beklagte höheres Entgelt verlangen. Wollte sie aber die erhöhten Pflichten nicht auf sich nehmen, so hätte sie, soweit es zeitlich möglich gewesen wäre, jedenfalls anzeigen und weitere Verpflegung ablehnen müssen.

KGBl. 11 S. 125:

In dieser Entscheidung nimmt das KG. an, daß der an einer ansteckenden Krankheit leidende Hotelgast, der trotzdem in dem gemieteten Zimmer verbleibt, dem Gastwirt den gesamten Schaden zu ersetzen habe, der diesem durch Desinfektion des Zimmers sowie Reinigung eventuell Neubeschaffung der verunreinigten Sachen entsteht. Es müsse in einem solchen Falle angenommen werden, daß Wirt und Gast stillschweigend dahin einig geworden sind, daß der Wirt für allen Schaden, der ihm an der Mietsache durch die Krankheit des Gastes entstehe und entstanden sei, entschädigt werden solle.

Das KG. schließt sich offensichtlich den Ausführungen Liebmanns [103]) an. Dieser sieht ein, daß dem Vermieter aus dem Gesichtspunkt eines Verschuldens des Mieters nicht zu helfen ist. Er konstruiert daher zur Erreichung eines brauchbaren Ergebnisses einen zwischen Gastwirt und Gast abgeschlossenen Mietvertrag mit der stillschweigend vereinbarten Klausel an, „daß jeder Gast das Zimmer so zurückgeben müsse, daß es nach angemessener Reinigung wieder einem Nachfolger überlassen werden könne."

Mit Recht lehnt das Oberlandgericht Stettin [104]) in einem solchen Falle „die der Wirklichkeit widersprechende Annahme eines „stillschweigenden Vertrags" ab. Der Gast denkt bei Vertragsschluß unmöglich an eine ansteckende Krankheit oder an

[103]) DJZ. 1903 S. 25 ff.
[104]) OLG. 21 S. 205.

seinen Tod. Er würde sonst nicht in einem Gasthof absteigen, sondern ein Sanatorium oder Krankenhaus aufsuchen. Wurzer [105]) lehnt grundsätzlich eine solche stillschweigende Vereinbarung ab, erklärt sie aber dann für zutreffend, wenn z. B. ein schwindsüchtiger Reisender einen Blutsturz im Hotelzimmer erleidet, dort bleibt und nach einigen Wochen an der Krankheit stirbt; weiter in dem Falle, daß der Gast wegen Todesgefahr nicht mehr aus dem Gasthaus in ein Krankenhaus geschafft werden durfte, sodaß er gezwungenerweise bei dem Wirt bleiben mußte. [106])

Aber auch in diesen Fällen liegt eine derartige st. WE. des Gastes nicht vor. Es widerspricht den Grundsätzen der Erfahrung und Logik, daß jemand in ernster Todesgefahr auf dem Sterbebette an die Regelung d. h. an eine Uebernahme des Schadens denkt, der sich infolge seines Todes auf Seiten des Wirtes ergeben würde.

In allen diesen Fällen ist die Rechtslage die gleiche wie in der vorhergehenden Entscheidung. Beläßt der Gastwirt den kranken Gast weiterhin in seinem Haus, so wird seine Verpflichtung entgegen seinem virtuellen Willen kraft Treu und Glauben erweitert. Er hat aber einen Ersatzanspruch für das, was er an vermögenswerten Leistungen mehr aufzuwenden hat als unter gewöhnlichen Verhältnissen (Desinfektion der Mieträume, Vernichtung der Bettwäsche usw.).

Seuff. A. 58 Bd. 142 S. 271:

Der Kläger ist Eigentümer des im Oberschlesischen Industriebezirk belegenen Ritterguts Z., zu dem ein Wald gehört, der nach seiner Behauptung durch den von den benachbarten industriellen Anlagen, nämlich der fiskalischen Guidogrube und der jetzt einer Aktiengesellschaft gehörigen Koksanstalt „Glückauf", ausgehenden, schweflige Säure enthaltenden Rauch erheblichen Schaden erleidet. Er verlangte Ersatz dieses Schadens seit 1894 und zugleich Feststellung der Entschädigungspflicht für die Zukunft. Die Beklagten wandten u. a. ein, daß der Kläger durch Erhebung der Klage arglistig handle, da er vertraglich verpflichtet sei, den Betrieb ihrer Werke und die daraus sich ergebende Emmission von Rauch zu dulden. Dieser Einwand gründete sich darauf, daß die Guidogrube, die im Gute Z. liegt und ursprünglich dem Kläger verliehen war durch Veräußerung von ihm auf den Fiskus übergegangen ist; und daß auch die Koksanstalt „Glückauf" im Gute Z. auf einem Grundstück erbaut ist, das der

[105]) Gruch. 56 S. 177/8.
[106]) A. a. O. S. 178.

Kläger zu diesem Zweck verkauft hatte unter Ausbedingung einer bestimmten Leistungsfähigkeit der Anstalt und einer Abgabe von deren Produktion. Die Klage wurde in allen Instanzen abgewiesen. Das RG. nimmt an, der Kläger habe, ohne sich in dieser Beziehung Ansprüche vorzubehalten, stillschweigend auf die Geltendmachung der Ansprüche aus § 906 BGB. verzichtet.

Das RG. hat das Vorbringen der Revision, die schädliche Einwirkung des Rauches aus einer Koksanstalt sei erst Mitte der 90er Jahre, also längere Zeit nach Vertragsschluß, wissenschaftlich festgestellt, zu Unrecht unentschieden gelassen. Kannte der Kläger beim Vertragsschluß nicht die nachteilige Einwirkung des Rauches auf seinen Wald und konnte er zu dieser Zeit hierüber auch keinen sachverständigen Rat einholen, weil wissenschaftliche Forschungen bezüglich dieser Frage noch nicht oder unvollkommen vorlagen, so verstieße es gegen Treu und Glauben, wollte man den Kläger an den Vertrag für gebunden halten. Nur in dem Falle, daß in dieser Hinsicht schon bei Vertragsschluß eine praktische Erfahrung bestand, muß er sich die schädliche Einwirkung des Rauchs gefallen lassen. Nur dann wird er, mag er auch virtuell anders gewollt haben, so behandelt, als hätte er auf die Geltendmachung der Ansprüche aus § 906 BGB. verzichtet.

Das RG. mußte daher zu der erörterten Frage Stellung nehmen und danach in erwähntem Sinne entscheiden. Daß der vom RG. angenommene stillschweigende Verzicht eine Fiktion ist, bedarf keiner weiteren Darlegung.

RGZ. 66 S. 126:

Auf dem Rittergut St. des Klägers betrieb früher eine von diesem mitbegründete Gewerkschaft „der Berggeist" den Braunkohlenbergbau nebst einer Brikettfabrik, die der Kläger mit Grund und Boden an die Gewerkschaft im Jahre 1900 verkauft hatte. Die Gewerkschaft geriet in Konkurs, und aus diesem kaufte der Beklagte deren Grund- und Bergwerkseigentum. Er betrieb insbesondere auch die Brikettfabrik weiter. Die Klage verlangte nun von ihm wegen schädlicher Gas- und Kohlenstaubzuführungen aus jener Fabrik auf das Rittergut St. für das Jahr 1903 Schadenersatz von 3401 ℳ nebst 4% Zinsen seit Klagezustellung. Der Beklagte widersprach, und das Landgericht wies die Klage ab. Vom Kammergericht wurde die Berufung des Klägers zurückgewiesen, vom RG. dessen Revision. Das RG. ist der Ansicht, daß der Eigentümer, der einen Teil seines Grundbesitzes zu einem ihm nachteiligen Betriebe veräußert und keinerlei Vorbehalt bei Vertragsschluß macht, dadurch stillschwei-

gend dem Käufer und seinen Besitznachfolgern auf die ihm aus § 906 BGB. erwachsenen Ansprüche verzichtet.

Die über den letzten Fall gemachten Ausführungen treffen auch hier zu. An diesen Entscheidungen ist besonders ersichtlich, wie das RG. den stillschweigenden Willen auf eigenartige Weise „herauskonstruiert". Aus Zweck und Wesen des Vertrages folgert es, die Beteiligten würden den strittigen Punkt so geregelt haben, wenn sie an ihn gedacht hätten. Daraus zieht es dann weiter den Fehlschluß, daß diese Regelung stillschweigend erfolgt sei.

§ 6.

Schlußwort.

Die vorstehenden Ausführungen ergeben, daß jede Verpflichtung eine Blankettverpflichtung darstellt. Der aktuelle in der Verpflichtungserklärung in die äußere Erscheinung getretene Wille bestimmt und kennzeichnet die Verpflichtung nur im allgemeinen. Ihr Inhalt wird des näheren festgestellt durch den in der Erklärung nicht zum Ausdruck gelangten nach Treu und Glauben zu berücksichtigenden aktuellen Willen und den virtuellen Willen, sowie durch die aus der Erklärung des Schuldners kraft Treu und Glauben sich ergebenden immanenten Folgerungen, die entgegen dem aktuellen und virtuellen Willen des Schuldners zur Anerkennung gebracht werden. Die Feststellung des Verpflichtungsinhaltes vollzieht sich demnach entweder secundum oder contra voluntatem des Schuldners. Die theoretisch mögliche Feststellung praeter voluntatem des Schuldners kommt mithin praktisch nicht in Betracht.

Lebenslauf.

Am 21. Dezember 1906 wurde ich als Sohn des Schneidermeisters Gerhard Brand und seiner Ehefrau Elisabeth geb. Mühr in Münster i. W. geboren. Vom siebenten Lebensjahre an besuchte ich dort die katholische Ueberwasser-Volksschule. Ostern 1917 wurde ich in die Sexta des Städtischen Gymnasiums und Realgymnasiums aufgenommen. Am 19. Febr. 1926 verließ ich die Anstalt mit dem Zeugnis der Reife. Vom Sommersemester 1926 bis zum Wintersemester 1928/29 studierte ich an der Westfälischen Wilhelms-Universität in Münster i. W. Rechts- und Volkswissenschaft. Am 7. Oktober 1929 bestand ich vor der juristischen Prüfungskommission beim Oberlandesgericht in Hamm i. W. die erste juristische Prüfung. Seit dem 26. Oktober 1929 bin ich als Gerichtsreferendar im juristischen Vorbereitungsdienst im Bezirke des Oberlandesgerichts Hamm tätig. Das examen rigorosum bestand ich am 20. Juni 1932.